٣٠١٠٢٠٠٠٠٢٦٢٠

تم التصوير
أ د يوسف محمود عبد المقصود
د/ أحمد حامد سلامة
د/ عبد الشافي عبد ربه

المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالى
جامعة أم القرى
كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية
قسم الراسات العليا
فرع الفقه و أصوله

تحقيق و دراسة :

كتاب البيوع والصرف والإجارات والشركة والمأذون والوكالة
و القسمة و الغصب و الكفالة و المضاربة و المزارعة و الوقف

من :

كتاب الأسرار ٠٠٠٢٧٣

للقاضى أبى زيد عبيد الله بن عمر الدبوسى الحنفى (٤٣٠ هـ)

إعداد :

شرف الدين على قالاى

إشراف :

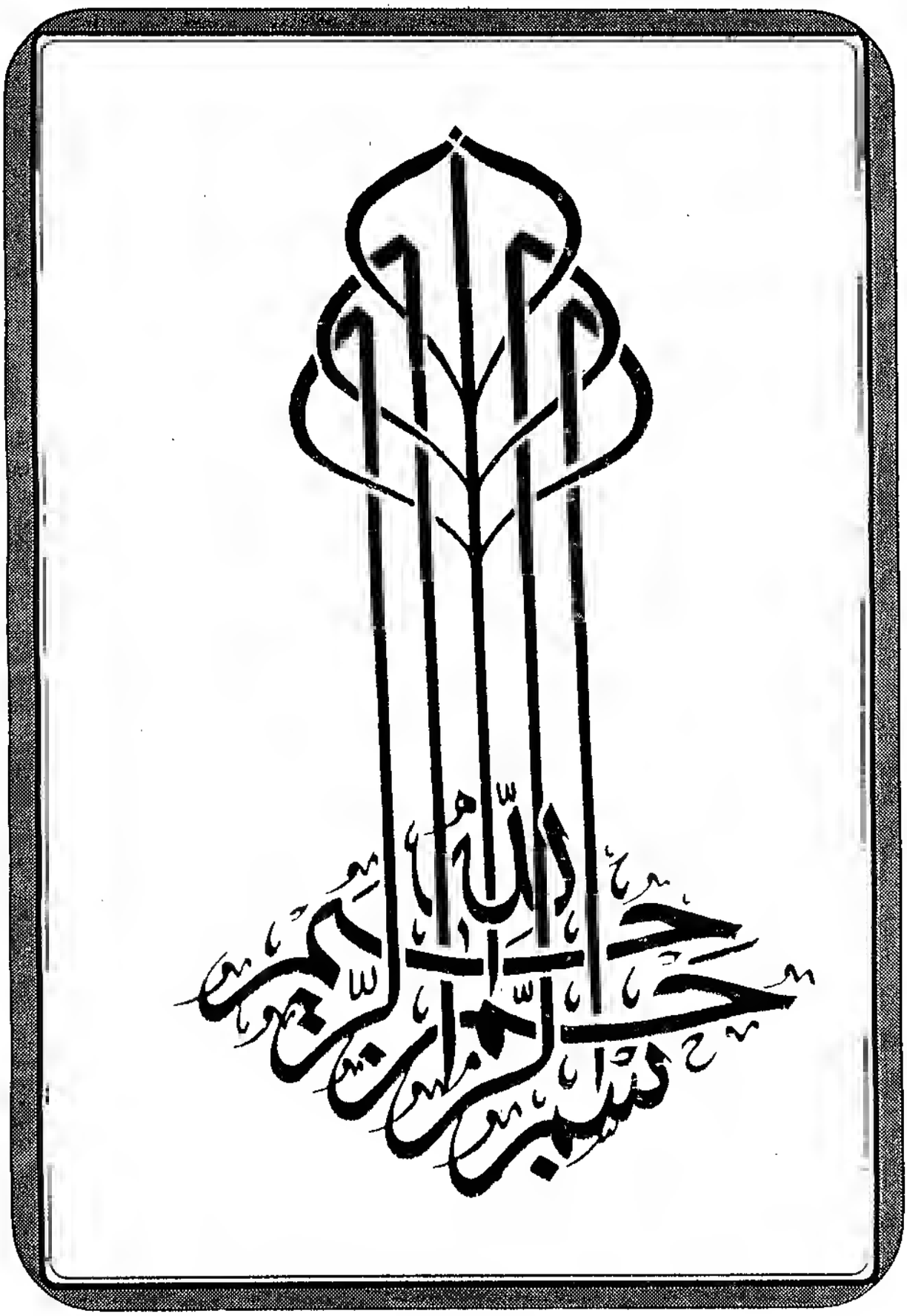
فضيلة الكتور : يوسف محمود عبد المقصود

رسالة مقدمة إلى قسم الدراسات العليا الشرعية
لنيل درجة الدكتوراة فى الشريعة الإسلامية

١٤١٣ - ١٤١٤ هـ = ١٩٩٢ م

الجـــزء الثـــاني

* بقية كتاب البيـــوع
* كتـــــاب الصـــرف
* كتـــــاب الإجـارات
* كتـــــاب الشـركـة
* كتـــــاب المـــأذون


بسم الله الرحمن الرحيم

فصل أنواع البيع لاختلاف المبيع

فصل بيع العين قد مر[١]

وفصـــل ما فى الذمة. وهو:

السّـــلـــم[٢]

للسّلَم شروط يختص بها السلم ليصير المبيع مقدور التسليم ، وشروط للبقاء صحيحاً.

وحكم يختص به صلحاً على رأس المال[٣]

☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١- راجع الجزء الأول .

٢- السلم فى اللغة: السّلَف

قال فى لسان العرب (٢٩٥/١٢): « وأَسْلَمَ فى الشئ وسَلّم وأَسلَفَ بمعنى واحد. والاسم: السّلَم » (الصحاح ١٩٥٢/٥، ١٣٧٧/٤، ولسان العرب ٢٩٥/١٢، ١٥٨/٩، والمصباح المنير ٢٨٦/١).

وفى الشرع: أنه بيع الدين بالعين (بدائع الصنائع ٢٠١/٥، والبحر الرائق ٢٦١/٥، وجاء فى اللباب فى شرح الكتاب ٤٢/٢ بمعناه:أن السلم بيع آجل بعاجل وعرفه الفقهاء أيضاً بأنه اسم لعقد يوجب الملك فى الثمن عاجلاً وفى المثمن آجلاً. (عقود الجواهر المنيفة ٥٣/٢ والتعريفات للجرجانى ص ١٢٠) وكل ذلك واحد.

وفى عقود السلم المبيع يسمى مسلماً فيه، والثمن رأس المال، والبائع مسلماً إليه، والمشترى رب السلم. (اللباب فى شرح الكتاب ٤٢/٢.وأنيس الفقهاء ص ٢٢٠ والتعريفات للجرجانى ص ١٢٠).

٣- يأتى بيان كل ذلك.

القول في الشروط[١]

قال علماؤنا : الأجل من شروطه[٢]

وقال الشافعي: ليس من شروطه[٣] لما روى النبي عليه السلام : (أنه نهى عن بيع ماليس عند الإنسان، ورخص في السلم[٤] ولم يشترط أجلا.

١- أي القول في المسائل الخلافية في شروط عقد السلم.

٢- أي أن الأجل من شروط جواز السلم أو بلفظ آخر: أن السلم الحال لا يجوز عند علماء الحنفية.

(يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢١٢/٥ ، وفتح القدير لابن الهمام ٢١٧/٦ ، والعناية ٢١٧/٦.)

ذكر في تحفة الفقهاء سبعة عشر شرطاً في جواز عقد السلم ستة في رأس المال وأحد عشر في المسلم فيه.

والأجل من الشروط التي في المسلم فيه.

(راجع للمزيد من المعرفة إليها ٨/٢ - ١٤ والمراجع السابقة)

٣- الأم: ٩٧/٣ ، والاصطلام: ١١٥/٢ب ، والمهذب: ٣٠٤/١، وروضة الطالبين: ٧/٤ ، ومغني المحتاج: ١٠٥/٢

٤- الحديث: سبق تخريج الطرف الأول منه وهو نهيه ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان في الجزء الأول ص: ٢١٧ .

وأما زيادة «ورخص في السلم» فقد قال الحافظ الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٥): غريب بهذا اللفظ" وهو ما اصطلح عليه إذا لم يجد الحديث، ثم قال: «ولكن رأيت في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر على هذا الحديث بهذا اللفظ. فقال: ومما يدل على اشتراط الأجل في السلم الحديث الذي قال فيه: نهى رسول الله ﷺ عن بيع ما ما ليس عندك، ورخص في السلم.

قال: لأن السلم لما كان بيع معلوم في الذمة كان بيع غائب. فإن لم يكن فيه أجل كان هو البيع المنهي عنه. وإنما استثنى الشرع السلم من بيع ماليس عندك؛ لأنه بيع تدعو الضرورة إليه لكل واحد من المتبايعين: فإن صاحب رأس المال محتاج إلى أن يشتري التمر، وصاحب التمر يحتاج إلى ثمنه لينفقه عليه. فظهر أن صفقة السلم من المصالح الحاجية. وقد سماه الفقهاء: «بيع المحاويج». فإذا كان حالا بطلت هذه الحكمة وارتفعت هذه المصلحة. ولم يكن لاستثنائه من بيع ماليس عندك فائدة. انتهى كلامه.»

واختار الزيلعي رحمه الله بأن هذا الحديث حديث مركب من حديث النهي عن بيع ماليس عند الإنسان والحديث الذي يفيد الرخصة في السلم. وهو حديث ابن عباس - رضي الله عنهما. (نصب الراية ٤/٤٥ -٤٦) وسيأتي تخريج حديث ابن عباس قريبا.

ونحو هذا ما قاله الشافعي رحمه الله في الأم (٩٤/٣) :«فلما نهى رسول الله ﷺ حكيماً عن بيع ماليس عنده وأذن في السلف، استدللنا على أنه مما أمر به، وعلمنا أنه إنما نهى حكيماً عن بيع ما ليس عنده إذا لم يكن مضموناً عليه، وذلك بيع الأعيان»

والمعنى فيه أن السلم بيع. فلا يكون الأجل من شرطه قياساً على بيع العين[١]

وهذا؛ لأن البيع يوجب التسليم عقيبه فلا يلائمه الأجل إلا ترفيهاً

وهذا بخلاف الكتابة[٢] ؛ لأنها ليست ببيع ولا تجارة. بل عقد إرفاق وإعتاق. ولا تعقد إلا لعتاقٍ في الثاني لا يجب تسليمه[٣] للحال مع العبد الذي لا قدرة به على تسليم البدل ظاهراً وباطناً؛ لا قدرة إلا بملك المال، وهو ليس من أهله ما دام عبداً.

فشرطنا الأجل في الكتابة[٤] ليملك ويقدر؛ لأنّه بعقد الكتابة يصير من أهل الملك فلا بد من زمان التكسب ليملك فصار الأجل شرطاً (لا)[٥] لعينه بل للقدرة علىالتسليم. فإنها شرط فيما يجب تسليمه.

وتعليلنا لبيان أن لا يجعل الأجل شرطاً لعينه.[٦]

ولعلمائنا: ما روي في الحديث المشهور عن النبي عليه السلام: ﴿من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم﴾[٧] فظاهره يحرّم السلم على

١ـ قال في المهذب (٣٠٤/١): «ويجوز ـ يعني السلم ـ حالا؛ لأنه جاز مؤجلا فلأن يجوز حالاً ـ وهو من الغرر أبعد ـ أولى»

٢ـ سبق تعريفها في ٩١/١

٣ـ أي تسليم بدل الكتابة

٤ـ أن الكتابة الحالة لا تجوز عند الشافعية وهي جائزة عند الحنفية وذلك على عكس السلم. (راجع للمزيد من المعرفة: المهذب: ١١/٢ وتحفة الفقهاء: ٢٨١/٢)

٥ـ ساقطة من نسخة (ب)

٦ـ أي عين الأجل. أي أن لا يجعل عين الأجل شرطاً

٧ـ الحديث:

أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن أبي المنهال عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم النبي ﷺ المدينة وهم يسلفون بالتمر السنتين والثلاث. فقال: ﴿من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم﴾ وهو عند البخاري ـ في كتاب السلم/ باب السلم في كيل معلوم ٤٩/١٠ وباب السلم في وزن معلوم ١٠/ ٥١ ، ٥٢، واللفظ له.

وعند مسلم ـ في المساقاة/باب السلم ١٢٢٦/٢ ، ١٢٢٧

وعند أبي داوود ـ في البيوع / باب في السلف ١٠٩/٥ ـ ١١٠

وعند الترمذي ـ في البيوع/ باب ما جاء في السلف في الطعام والتمر ٦٠٢/٣ ، ٦٠٣

وعند النسائي ـ في البيوع/باب السلف في الثمار ٧/٢٩٠

وعند ابن ماجة ـ في التجارات/ باب السلف في كيل معلوم و وزن معلوم إلى أجل معلوم ٧٦٥/٢

من أراد السلم إلا بهذه الأوصاف، كرجل يقول لآخر: من دخل داري فليدخل غائض البصر ومن كلّمني فليتكلم بصواب

فيقيد السلم المطلق في حديث الرخصة بهذا[١]

وكذلك يقال: من اشترى فليشتر بالتراضي، فيصير الرضاء بنص الحديث شرطاً. فجاء من هذا أن الأجل المعلوم شرط لجواز من يريد سلماً.

والمعنى فيه: أن السلم الحال سلم فيما لا يقدرعلى تسليمه وقت الوجوب فلا يجوز كالسلم الحال في المنقطع عن أيدي الناس والسلم المجهول، وهذا؛ لأنّ السلم بيع سلعة في الذمة ولوكان عيناً[٢] لكانت القدرة على التسليم عين الوجوب شرطاً، فالدين أولى؛ لأنه أبعد عن الأيدي من العين.

وهذا لا شك فيه، وإنما الشك في إثبات هذا الوصف.

والدليل عليه: أن الحكم الأصلي أنه لا يجوز السلم، لأنه بيع ما ليس بعين وما ليس بملك. وملك المبيع شرط لجواز العقد مع العينية. ولا يتصور الملك في بيع ما في الذمة؛ لأنه شيء يجب بالعقد، فلا يتصور مملوكاً قبله. ولم يكن موجوداً. ولأنه لا يتصور ملك الإنسان شيئاً عليه في ذمته مملوكاً عليه. ومتى ملكه سقط عنه. والحديث دلّ عليه. فإن النبي عليه السلام ((نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم))[٣] أخبر أنه جوز رخصته.

والرخصة:[٤] ما أستبيح لعذر مع قيام المحرم. ولأن المراد من النهي بيع

١- أي بالأجل المعلوم

٢- أي حاضراً وقت العقد عند البائع. العين هنا بمعنى مقابل الدين.

٣- الحديث سبق تخريجه في ص : ٤

٤- الرخصة في اللغة: التسهيل في الأمر والتيسير من: رخّص الشرع لنا في كذا ترخيصاً وأرخص إرخاصاً إذا يسره وسهله.
الرخصة في اللغة خلاف التشديد.
(الصحاح ٣/ ١٠٤١، ولسان العرب ٧/ ٤٠ و المصباح المنير ١/ ٢٢٣-٢٢٤)
وعرفها المؤلف -رحمه الله- في الشرع. ولها أنواع. (راجع لأنواعها وتعريفاتها فتح الغفار ٢/ ١٨
والمغني للخبازي ص ٨٧ و ميزان الأصول ص: ٥٥ - ٦١)

ماليس في ملكه لابيع ماليس بحضرته على مابينا في مسألة شراء شيء لم يره.

و بدليل: أنه إذا باع مابحضرته قبل الملك ثم ملك فسلم لم يجز. وإذا باع شيئا غائبا قد رآه المشتري و هو في ملكه صح . فثبت أن الأصل في باب السلم الفساد و الحرمة . و إنماأبيح[١]رخصة والرخصة اسم لما أبيح بعذر مع قيام المحرَّم تيسيراً على العباد. وكل الأعذار للعباد في العجز. والعجز في باب السلم حاجة الفقير ثمن السلعة لعسرته وليست عنده السلعة. فيصير عاجزاً عن البيع بشرط الملك والقدرة. فجوز له بيعه سلماً رخصة لعذر العدم والعجز عن التسليم للحال. والعجز سبب العدم لا يرتفع إلا بالملك. وذلك لا يحصل عادة إلا بزمان يتكسب فيه أو يجيء حين الحصاد من كل نوع. فلم يبح إلا بأجل ليتمكن فيه من التكسب. فيقدر على التسليم. فصار الأجل شرطاً لا لنفسه بل للقدرة على التسليم كما قاله الشافعي في الكتابة[٢]

وكذلك إذا أسلم في المنقطع[٣] قبل حينه حالا لايجوز عند الشافعي للعجز إلى أن يؤجل إلا الحين ليقدر. وهذه كلمات مؤثرة في إيجاب الرخصة؛ لأنَّ الحاجة للفقراء المكتسبين إلى الأثمان أمر ظاهر بلا سلع يكون لهم والتيسير بعد حين إمَّا بالتكسب أو مجيء حين الحصاد من أنواع الغلة أمر ظاهر. وفي المنع من البيع إلا بعد الملك ومجيء الوقت حرج ظاهر يلحق الناس. وكون الحرج عذراً في إثبات

١- أي أبيح السلم

٢- راجع ص ٥

٣- المنقطع: هو ما لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت. غير مقدور عليه بالاكتساب.
(العناية: ٢١٣/٦ ، الكفاية: ٢١٣/٦ ، البحر الرائق: ١٥٨/٦)

الرخصة أصل في الشرع. فالله تعالى ما جعل في الدِّين من حرج.[١] وهذا كما جوز بيع المنفعة بالإجارة قبل الملك؛ لأنَّ الحاجة إلى تمليكها[٢] وتملكها ماسة. ولا يمكن بنا بيعها على الملك؛ لأنها لا تبقى زمنين. / ولهذا المعنى سمِّي سلماً؛ لأنَّ من شرط البيع أن يكون هذا الملك . وهذا بيع قبل الملك وكان استعجالا للبيع عن حينه.

والسلم في اللغة والسلف واحد. والسلف ينبئ عن التعجيل كالسلف من الناس، وهم الذين تعجلوا إلى الله تعالى والاستلاف: الاستعجال في اللغة[٣]

فهذه العقود خصت بأسماء دالة على معانيها كالنكاح سمي به لما فيه من الازدواج (والضَّمِّ)[٤]و الصرف [٥] سمي به لما فيه من ترداد الأبدال في المجلس لا بد منه.

والاستصناع[٦] سمي به لما فيه من طلب الصناعة للعين الذي يريده.

١- قال عزّوجلّ (في سورة الحج الآية ٧٨) : ﴿هو اجتباكم وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ ...الآية.
وقال (في سورة المائدة الآية ٦) : ﴿ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج﴾...الآية
٢- أي تمليك المنفعة.
٣- راجع ص:٣ والصحاح: ١٣٧٦/٤ ، ولسان العرب: ١٥٨/٩ ، ٢٩٥/٢١
٤- غير موجود في نسخة (أ)
راجع لمعنى النكاح لسان العرب: ٦٢٥/٢ ، والمصباح المنير: ٦٢٤/٢
٥ سبق تعريفه في ١٤١/١راجع أيضا أنيس الفقهاء ص ٢٢١ والمغرب ٤٧٢/١
٦ الاستصناع: هو عقد مقاولة مع صاحب الصنعة على أن يعمل شيئا.
فالعامل يسمى: صانعا و المشتري : مستصنعا . و المعقود عليه : مصنوعا.
(شرح المجلة ص ٦٩)
و هو في اللغة مأخوذ من صَنَعَهُ يَصْنَعُهُ صَنْعاً : أي عمله فهو مصنوع وصنع، و العامل صانع .
قال في اللسان (٢٩/٨): و الصناعة : حرفة الصانع وعمله : الصنعة.
والصناعة: ماتستصنع من أمر.
يقال: اصطنع فلان خاتما : إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتما .
واستصنع الشيء: دعا إلى صنعه .
(الصحاح ١٢٤٥/٣ و لسان العرب ٢٠٨/٨ و المغرب ٤٨٤/١)
قال في اللسان ٨٢/٨ : «والصناعة: حرفة الصانع وعمله: الصَّنعة. والصناعة: ما تستطيع من =

فإن قيل : إنما كان[١] رخصة؛ لأنه يبيع ما ليس بعين حاضر للحرج الذي يلحق الباعة في إحضار المبيع مكان العقد أو تأخير العقد إلى أن يحضر المبيع فجوز سلماً في الذمة غير عين ليسقط كلفة الإحضار ليس العذر عدم الملك . ألا ترى أنه يبيع الحنطة سلماً وعند إكرار الحنطة فيجوز ولأن ما يباع في الذمة كان التسليم بمثله سواء كان بما كان في ملكه أو في ملك الناس. فلا يراعي للقدرة قيام ملكه بل قيام مثل المسلم في أيدي الناس.

قلنا : هذا التأويل فاسد؛ لأن المنهي عنه حينئذ يصيربيع الغائب عن المجلس. وإنه جائز بالإجماع وإذا أشير إلى مكانه وكان المشتري رآه.

وعندي جائز في كل حال والإشارة إلى المكان لا تتعذر وعندك لا يجوز[٢] لا لأنه غائب ولكن لأنه[٣] لم يره. فإنه لو أحضره وأشار إليه وهو مشتر (بغيره)[٤] لم يجز عندك، فيكون الفساد عندك لعدم الرؤية[٥] ونفس الرؤية مما لا يتعذر. على أنّا أبطلنا هذا الفساد فيما مضى. فلا يمكن البناء عليه. (والفساد لعدم الملك مجمع عليه فيجب البناء عليه)[٦] ؛ ولأن الشرط الذي سقط اعتباره في السلم وجاز دونه رخصة عدم العينية والملك جميعاً ؛ لأن الذي باعه في الذمة ليس بعين ولا بملك (ولم يكن مملوكاً لبائعه)[٧] فثبت أن العذر المجوز عدم الملك والعينية لا عدم

= أمر».
يقال: اصطنع فلان خاتماً: إذا سأل رجلا أن يصنع له خاتماً واصطنع الشيء: دعا إلى صنعه.
(الصحاح: ١٢٤٥/٣ ، ولسان العرب: ٢٠٨/٨ ، والمغرب: ٤٨٤/١)

١ـ أي كان جواز عقد السلم .
٢ـ يعني الشافعي رحمه الله في قوله الجديد وفي قوله القديم: يجوز.
(راجع المهذب: ٢٧٠/١ ـ٢٧١)
٣ـ أي المشتري
٤ـ غير موجود في نسخة(أ)
٥ـ راجع أيضاً المهذب: ٢٧١/١
٦ـ ما بين القوسين ساقط من نسخة(ب)
٧ـ غير موجود في نسخة (أ)

الحضورة أو الرؤية؛ لأنهما لا يعدمان الملك فلا يسقط اعتباره. ولا يجوز بيعه قبل ملكه؛ لأن الغيبة عن المجلس لا يعدم الملك فكان لا يجوز وإن كان في الذمة إلا بمثل مملوك له. فالعنر الذي أشار إليه يرتفع ببيع ما في الذمة فيبقى قيام الملك في مثله ليقدر به على التسليم شرطاً كما كان شرطاً في بيع العين.

فأمَّا قوله: إنه يبيع سلماً وعنده ذلك الشيء فيجوز، وذلك؛ لأن الشيء لايباع سلماً إلا بأدنى الثمنين. والتاجر لايبيع إلا لربح. فدل البيع بأدنى الثمنين على أنه لايبيع إلا للعجز عن (الرابح) [١] ولا يجوز إلا بأن يجعل ماعنده مستغرقاً لحاجته. ولأنَّ حقيقة العدم أمر باطن، لايمكن الوقوف عليه حقيقة. والشرع بنى هذه الرخصة على العدم. فبنى على السبب الظاهر الدال على العدم ليمكن تعليق الحكم به. والبيع بالخسران يقينًا دليل على العدم والعجز عن البيع الرائج. كما علق رخصة المسافر [٢] بالمشقة. وإنه أمر باطن في الإنسان. وأقام الشرع السبب الظاهر المثير للمشقة من السفر مقام حقيقة المشقة

وكذلك النكاح الظاهر أقيم مقام الماء الباطن في باب النسب والحرمات المتعلقة بالماء. ونظيره (كثير) [٣] فيه.

فإن قيل: إنما سمي عقد السلم سلمًا لما فيه من استعجال رأس المال بأن شرط فيه قبضه في المجلس دون الأخر. وسبيل (المعاوضة)[٤] (أن)[٥] يتساوى

١- في نسخة أ: «الربح»
٢- إن السفر يعتبر من أسباب التخفيف لكونه من أسباب المشقة غالبًا فيؤثر في قصر ذوات الأربع وفي تأخير الصوم (المغني للخبازي ص ٣٩٨ وفتح الغفار ١١٧/٣-١١٨)
٣- غير موجود في نسخة «أ»
٤- في نسخة (ب): «المعارضة»
٥- في نسخة (ب): «بأن»

٢٦٢٠

البدلان.[١]

قلنا: إن السلم اسم للمسلم فيه دون رأس المال. ولأنا أجمعنا أنه إذا باع وليس في ملكه ماباع أجزأه. والتسليم يجب بنفس العقد. وإنما يقدر شرعًا بالملك كما في العين. والملك في السلم لايقع بالعقد فيبقى عاجزًا فلا يجوز كبيع العين، إذا لم يكن له لايجوز بملك يحدثه بعده بخلاف الثمن. فإن القدرة على تسليمه ليس بشرط على ماقلنا في مسألة إفلاس المشتري.[٢]

(ولذلك) [٣] وجب شرط إمكان التملك للسلم ليقوم مقام الملك بقدر الإمكان رخصة. وقد حققنا الطريقة في مسألة الإفلاس.

والإستدلال بهذا الحكم حجة عليه لنا؛ لأن عقد المعاوضة يوجب التسوية بين المتعاقدين في وجوب القبض والملك جميعًا. ألا ترى أن في بيع عين بعين كيف يجب القبض معًا إما في المجلس أو بعده.

وفي الصرف يجب قبض البدلين في المجلس. ثم ههنا يجب قبض رأس المال في المجلس عينًا (ولا يتم بقبض رأس المال).[٤] فلما وجب قبض رأس المال عينًا دون الآخر علم أن التعيين لم يكن إلا بشرط. وما ذلك إلا للأجل المشروع فيه شرطًا لازمًا حتى صار كبيع العين بثمن مؤجل. فاختلف بالأجل حكم القبض. لولاه لوجب قبض السلم أولاً كما في بيع العين بثمن في الذمة أوجب قبضها معًا كما في الصرف.

جامعة أم القرى/مكة المكرمة
عمادة شؤون المكتبات
المكتبة المركزية/مكة المكرمة
الإهداء والتبادل
UMM AL-QURA UNIVERSITY MAKKAH

١- أي في التقابض
٢- راجع ٣٨١/١
٣- في نسخة ب: «فكذلك»
٤- هكذا في نسخة (أ) وفي نسخة (ب): «ولا يتم بقبض السلم. علم أن القبض لم يشترط، لأنه دين بدين: لأن هذا المعنى يزول بقبض السلم كما يزول بقبض رأس المال.» وفيه اختلاف وزيادة ولم يتفقا مع المعنى والحكم.

كذلك وجوب القبض في المجلس لرأس المال دليل على وقوع المسلم فيه مؤجلاً لاقبض فيه. فإنه متى كان مؤجلاً وهو المبيع ورأس المال في العادات يكون دراهم لايتعين يصير دينًا بدين. فشرط قبض رأس المال في المجلس ليصير عينًا بدين. ثم وجب وإن كان رأس المال ثوبًا؛لأن كونه سلمًا لما كان سببًا في الأغلب للدين بالدين المؤجل شرط قبض ماليس بمؤجل ليصير عينًا بدين. وعلق الحكم بالسبب وهو كونه سلمًا تيسيرًا ووجب القبض، وإن لم يكن دينًا كمافي الصرف وكما علم في فصل السفر والبلوغ.

ولا يلزم الكتابة الحالة[١] فإنها جائزة على أصلنا مع عجز العبد؛ لأن العجز فيها حاصل من جانب الثمن. والقدرة على الثمن ليست بشرط للجواز. إنما الشرط القدرة على تسليم المبيعِ على ماذكرنا في مسألة المشتري إذا أفلس.[٢] ألا ترى أن الشراء بما ليس عند الإنسان جائز أصلاً وليس برخصة. وبيع ماليس عنده فاسد أصلاً. وإنما جوز سلمًا رخصة بنص الحديث. فهذا فرق ثبت بينهما بالنص والإجماع.

فمال الخصم إلى ظاهر الحال فقلب القصة وجوز بيع السلم مع العجز عن تسليم المبيع. وأفسد الكتابة للعجز عن تسليم الثمن والقدرة عليه ليس بشرط.

ونحن ملنا إلى المعنى الباطن. وذلك في الثمن بدل كالمثمن سواء من طريق الظاهر وبيع الشيء سلمًا وعند ذلك الشيء دليل ظاهر على القدرة والعدم حكمًا بحاجته إلى ذلك حتى باع غيره بأدنى الثمنين دليل باطن. والفرق بين الثمن

١- سبقت الإشارة إلى جوازها وخلاف الشافعية في ذلك في ص : ٥

٢- راجع ١ / ٣٨١، ٣٨٣، ٣٨٧

والمثمن على ما نذكر في موضعه[١] أمر باطن. وإنه معذور فيما صنع.

وعلماؤنا مأجورون على ما اجتهدوا[٢]

☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١- راجع لتعريف الثمن والمثمن ١/ ٨٢

٢- إنه إشارة إلى ترجيح مذهب الحنفية في تلك المسألة. وإلا أن العلماء المخلصين والمجتهدين لوجه الله كلهم مأجورون بإذن الله تعالى.

قال - رحمه الله - في مسألة الأجير المشترك (ص: ٢٨١ من هذا الكتاب): «فإنه - أي المجتهد في الدين - يكون مأجوراً عند الله - إذا اجتهد في محله بطريقه أصاب الحق أو أخطأ؛ لأن عليه النظر للإصابة. فأما الإصابة بعد ذلك فليست في وسعه».

مسـألـة

[الخلاف في شرطية وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل]

قال علماؤنا: وجود جنس المسلم فيه من وقت العقد إلى حين المحل شرط.[١]

وقال الشافعي: الشرط وجوده حين المحل[٢] لما روى عن النبي عليه السلام: (ورخص في السلم)[٣] ولم يشترط هذا الشرط وقال: (من أسلم منكم فليسلم في كيلٍ معلوم ووزنٍ معلومٍ إلى أجلٍ معلومٍ.)[٤] وقد وجد الأجل المعلوم.

والمعنى:أن المسلم فيه مال مقدور التسليم حين المحل المشروط بالعقد. فيكون قابلاً لعقد السلم قياسًا على الموجود في أيدي الناس.

وإنما قلنا: مقدور التسليم؛لأن إمكان تسليم الدين بالوجود في أيدي الناس عينًا. وإلا وإن لايختلف عن الوجود من العادة بحال والقدرة غير مشروطة قبل ذلك. فلا يعتبر العجز قبل ذلك كما لايعتبر عجز كان قبل العقد أو بعد المحل،[٥] وإن توهم انعدام القبض حتى تنقطع الأوان.

١- حتى لو كان منقطعًا عند العقد موجودًا عند المحل أو على العكس أو منقطعًا فيما بين ذلك لايجوز عند الحنفية.
يرجع للمسألة إلى تحفة الفقهاء ١٢/٢ والهداية ٢١٣/٦، والبحر الرائق ١٥٨/٦ ومجمع الأنهر ١٠٠/٢

٢- المهذب ٣٠٥/١ وروضة الطالبين ١١/٤

٣- سبق تخريجه في ص: ٤

٤- الحديث متفق عليه. سبق تخريجه في ص: ٥

٥- أي بعد حلول وقت التسليم

وكذا فيما نحن فيه. لايعتبر ماقبل المحل وإن توهم وجوبه بموت المسلم إليه.

وهذا: لأنه عجز يتوهم طريانه[١] بعارض مغير لحكم العقد. والموهم غير معتبر كما يجوز الشراء وإن توهم هلاك السلعة قبل التسليم. وهذا؛ لأن المحتمل لايقابل المتحقق بحال ولا يلزم على هذا السلم في ثمر حائط بعينه؛ لأنه يصير سلمًا في عين فيبطل: لأن السلم في العين باطل.

وكذلك إذا أسلم في ثمر في الذمة، وشرط التسليم من حائط بعينه؛ لأن ثمر ذلك الحائط لايعلم وجوده عند المحل المشروط بالعقد؛ لأنه قد يبقى وقد لايبقى. والشرط وجود المسلم فيه عند المحل فأما الوجود في أوانه يختلف على ماجرت به العادة بحال. والخلف يخص بعض الأمكنة عادة. ولا يلزم إذا أسلم في فيمان[٢] رجل بعينه: لأنه يجوز إن كان معلوم القدر، ولا يتعين. وإن كان مجهول القدر لم يجز؛ لأن التسمية لم تجعل السلم معلوم القدر فبقي مجهولاً للحال.

وتعليلنا لبيان المسلم فيه يقبل السلم متى كان مقدور التسلم لا لبيان شرائط الجواز. ومن شرائطه أن يكون معلومًا في نفسه.

ولا معنى لقولكم:إنه من الجائز أن يموت المسلم فيه قبل المحل فيجب التسليم. والبائع عاجز: لأنه عجز يتوهم طريانه بتغير حكم العقد عما وقع عليه. والجواز متعلق بالقدرة على موجب العقد.

ألا ترى أنه قد يعجز بعدم التسليم حتى ينقطع الأوان ولا يعتبر ذلك مفسدًا.

١- أي وقوعه بغتة. يقال طَرَأَ الشيءُ يَطْرَأُ طُرُوءًا وطُرْآنًا: طلع، حصل بغتة. فهو طارىء. (المصباح المنير ٢/٢٧٢)

٢- الفيمان: العهد. معرب (القاموس المحيط ص: ١٤٧٩)
المكتوب في النسخ «فيمان». والأقرب إلى الفهم أن تكون الكلمة «فومان» وهي جمع «فوم» والفوم اسم قديم للحنطة. (لسان العرب ١٢/٤٦٠)

والرجل يبيع عبدًا فيتوهم عجزه بإباق[١] العبد ولايفسد؛ لأنه مقدور التسليم على ما وقع عليه العقد

ولأن ملك المبيع شرط لجواز البيع. وكذلك وجوده؛ لأنه لاملك قبل الوجود على الحقيقة.

ثم جوز بيع السلم قبل الملك لعسر البائع وحاجته إليه قبل الملك. فكذلك يجوز قبل الوجود من أيدي الناس لعسره وحاجته إلى بيعه.

فإن الرجل قد يكون زرّاعًا ومعاملاً ولا مال له إلا ما يدرك الأوان، فلا ينتفع غيره إلا ببيعه.

ولعلمائنا: أن شرط الجواز أن يكون المبيع مقدور التسليم للبائع لامقدور التسليم في نفسه: لأن التسليم يجب على العاقد. فما لم يكن مقدور التسليم للعاقد، لاتثبت له القدرة على التسليم.

ألا ترى أن بيع الآبق لايجوز وإنه مقدور التسليم في نفسه؛ لأنه غير مقدور التسليم للبائع.

إنما يصير الرطب [٢] مقدور التسليم للبائع بوجوده في الأوان. وحياة هذا البائع كالعين. إنما يصير مقدور التسليم للبائع بقيامه ووصول البائع إليه.

وإذا تعلقت القدرة التي هي شرط ببقاء الحياة إلى حين المحل. والبقاء قد شك فيه. فلا تثبت القدرة للحال. وشرطه مشكوك فيه.

فإن قيل: الحياة ثابتة وزوالها فيه شك. فلا يثبت بالشك.

١- سبق تعريفه في ١ / ٣١٨

٢- الرُّطَبُ: نضيج البُسْر قبل أن يُتْمر. واحدته رُطْبَة.
(لسان العرب ٤٢٠/١)
سبق الكلام في ذلك في ١٥٣/١

قلنا: نعم، إن الحكم بحياته إلى حين المحل بحياته الثابتة للحال لايقع إلا بعدم دليل الممات كحياة المعقود الذي اشتبه حاله. لا بدليل موجب للحياة. وما يحكم بثبوته بناءً على أصل ثابت وعدم دليل، زواله يكون ثابتاً على الاحتمال؛ لأنّا لم نعلم عدم دليل الزوال كما لم نعلم وجوده. والزوال محتمل كالوجود، فتعارضا. فما كان ثابتاً من الأحكام لا يزول بالاحتمال. وما كان معدوماً لا يثبت بالاحتمال (كالمفقود) [١] لما احتمل حيًّا وميِّتاً للحال، لم يزل ملكه الثابت له ولا يثبت له ملك أبيه إذا مات، بل يوقف والقدرة في حق البائع للحال غير ثابت. وإنما ثبت باتصال وجوده في أوانه بحياته، ولا اتصال للحال. فلا يثبت بالاحتمال. وكان بمنزلة ما إذا أسلم في فيمان رجلٍ أو ثمار حائط بعينه لم يجز لتوهم هلاك ذلك الثمر على ما مر.[٢] وتوهم هلاك الثمر من حائط دون سائر الحوائط أندر من هلاك الحي.

وهذا بخلاف ما إذا أسلم في حينه، وشرط التسليم في حينه من عامه ذلك؛ لأنه مقدور التسليم في حقه عاش أو مات؛ لأنَّ الوجود متصل به. وإنما يتوهم العجز بانفصال الوجود عنه بترك التسليم حتى ينقطع. وإنه أمر طريٌّ فاشتبه توهم إباق العبد.

فثبت أن القدرة للعاقد لا تثبت إلا بوجود المسلم فيه[٣] من حين العقد إلى حين المحل في أيدي النَّاس.

١- في نسخة (أ) (كالمعقود) وهو خطأ.
المفقود: هو الغائب الذي لم يدر موضعه وحياته وموته.
(الكفاية: ٣٦٨/٥ ، والتعريفات للجرجاني: ص٢٢٤ ، وأنيس الفقهاء: ص١٩١
راجع لمعرفة أحكامه فتح القدير لابن الهمام: ٣٦٨/٥ ، وتحفة الفقهاء: ٣٤٩/٣ ، والبحر الرائق: ١٦٣/٥)

٢- في ص : ١٥

٣- في الأسواق التي يباع فيها

ويدل عليه: أنَّ وقت محل الأجل متى كان في غير أوانه لم يجز. فكذا ما قبله؛ لأن كل وقت يشار إليه مثل وقت المحل المشروط في حق وجوب التسليم فيه ابتداء بالعقد؛ لأنَّ ما شرطاه[١] يكون محِلاً بشرط أن يعيش وما قبله محِلّ بشرط أن يموت وما أحدهما بأرجح من الآخر.

ثم عدم جنس المسلم فيه في المحل المشروط عن العالم يثبت العجز عن التسليم عليه. فكذا قبله.

والجواب عن الأخير[٢] أنَّ عدم الملك يضطره إلى بيع ما ليس بملك له لدفع عسرته. وليس يضطره إلى بيع ما ليس بموجود؛ لأنه يمكنه أن يبيع ما هو موجود، فيدفع به عسرته للحال. ثمَّ إذا أصاب ما له صرفه إلى ما باعه.

* * *

☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١- أي العاقدان

٢- أي عن قوله: «جوز بيع السلم قبل الملك لعسر البائع وحاجته إليه قبل الملك. فكذلك يجوز قبل الوجود من أيدي النَّاس لعسره وحاجته إلى بيعه...» راجع ص: ١٦

مسألة

[الخلاف في حكم السلم في الحيوان]

السلم في الحيوان باطل عندنا[١]

وقال الشافعي: جائز[٢] إلا في الخلفات[٣] والاستقراض[٤] على هذا وللشافعي قولان في استقراض الجواري [٥]

أما مسألة القرض/ فقد ذكرناها في كتاب الصرف [٦] فهو باب آخر عندنا. [٣٦٦/أ]

فإنا جوزنا السلم في (الثياب)[٧] ، ولم نجوز القرض. والقرض عندنا إعارة [٨] والسلم بيع. وهما مختلفان.

١- يرجع للمسألة أيضاً إلى المبسوط ١٣١/١٢ ، وبدائع الصنائع: ٢٠٩/٥ ، وفتح القدير لابن الهمام: ٢٠٩/٦ ، ومجمع الأنهر: ٩٩/٢

٢- راجع الأم: ١١٧/٣ ، ١١٩ ـ ١٢٠ ، والاصطلام : ١١٧/٢ ب ، والمهذب: ٣٠٤/١ ، ومغني المحتاج: ١١٠/٢ ـ ١١١

٣- الخلفات: هي الحوامل من النوق. الواحدة: خلفة.
يقال: خَلِفَتْ الناقة تَخْلَفُ خَلَفاً: أي حملت.
وتجمع أيضاً (خَلِف) من لفظها و (مَخَاض) من غير لفظها كما تجمع المرأة على النساء.
(الصحاح: ١٣٥٥/٤ ، ولسان العرب: ٩٤/٩ ، والمصباح المنير: ١٧٩/١)

٤- الاستقراض: طلب القرض.
يقال: استقرضت من فلان: أي طلبت من القرض، فأقرضني.
وأقرَضتُ منه: أي أخذت منه القرض.
والقَرضُ: ما تعطيه من المال لتقضاه.
قال في اللسان (٢١٧/٧): « أصل القرض: ما يعطيه الرجل أو يفعله ليجازى عليه »
وقال في المغرب (١٦٩/٢): « والقرض واحد القُروض، تسمية بالمصدر. قالوا: هو مال يقطّعُه الرجل من أمواله فيعطيه عيناً. فأما الحق الذى ثبت له عليه ديناً فليس بقرض »
وأصل القرض في اللغة: القطع.
(يرجع إلى الصحاح ١١٠١/٣ - ١١٠٢ ولسان العرب ٢١٦/٧ - ٢١٧ والمصباح المنير ٤٩٧/٢ - ٤٩٨ والمغرب ١٦٩/٢)

٥- راجع الأم ١٢٠/٣ والمهذب ٣١٠/١.

٦- راجع ص: ٢٠٤، ٢١٣

٧- المكتوب في النسخ « النبات » والصحيح هو « الثياب » لأن السلم لا يجوز في المنقطع من النبات ولم يستقم المعنى

٨- راجع بدائع الصنائع ٢٣٤/٥

أما الشافعى فإنه يحتج له بما روى « أن النبى عليه السلام نهى عن بيع ماليس عند الانسان، ورخص فى السلم » [١] ولم يقيد بمال.

وعن النبى عليه السلام: « أنه جهز جيشاً (فعزت) [٢] الإبل فاشترى بعيراً ببعيرين إلى أجل » [٣]

فى رواية: « أمر [عبدالله بن] [٤] عمرو بن العاص بذلك »

وعن النبى عليه السلام: « أنه استقرض بَكراً [٥] وردّ رَبَاعِياً [٦]»[٧] والقرض أضيق من السلم.

وعن علي [٨] نحواً منه [٩] .

١- سبق تخريجه فى ص : ٤

٢- فى نسخة ب: « ففزت » .

٣- الحديث سبق تخريجه فى الربا. راجع ١/ ١٣١

٤- والمكتوب « عمرو بن العاص » . والصحيح أن الصحابى الذى أمره رسول الله ﷺ بذلك هو عبدالله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما. (راجع تخريج الحديث ١/٣١ونصب الراية ٤/٤٧، وتلخيص الحبير ٣/ ٨)
سبقت ترجمة عبدالله بن عمرو بن العاص أيضاً فى ١/١٣١

٥- البَكْرُ: هو الفتىّ من الإبل، والأنثى: بَكرَةٌ . والجمع: بِكَارٌ وبكَارَةٌ. (الصحاح ٢/٥٩٥ والمصباح المنير ١/٥٩)

٦- الرّبَاعِى: هو من الإبل ما دخل فى السنة السابعة.
والأنثى: رَبَاعِيَة .
وقال فى لسان العرب (٨/١٠٨):« يقال للذكر من الإبل إذا طلعت رُبَاعِيَتُهُ: رَبَاعٌ ورَبَاعٍ. وللأنثى: رَبَاعِيَة - بالتخفيف - وذلك إذا دخلا فى السن السابعة »
والجمع: رُبَع. (الصحاح ٣/١٢١٤ ولسان العرب ٨/١٠٨)

٧- الحديث: أخرجه مسلم - فى المساقاة / باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه... (٣/١٢٢٤)عن أبى رافع،مولى رسول الله ﷺ « أن رسول الله ﷺ استسلف من رجل بكراً، فقدمت عليه إبلٌ من إبل الصدقة. فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكره » فرجع إليه أبو رافع فقال: « لم أجد فيها إلا خياراً رَبَاعِياً »
فقال: « أعطه إياه. إن خيار الناس أحسنهم قضاءً »
وأخرجه أيضاً مالك فى الموطأ - كتاب البيوع / باب ما يجوز من السلف (٢/٨٦٠).

٨- هو أمير المؤمنين على بن أبى طالب رضى الله عنه.

٩- اخرج الإمام مالك رحمه الله فى الموطأ - كتاب البيوع / باب ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض والسلف فيه (٢/٦٥٢) بطريق صالح بن كيسان عن حسن بن محمد بن علي بن أبى طالب « أن علي بن أبي طالب باع جملاً يدعى عصيفيراً بعشرين بعيراً إلى أجل =

والمعنى فيه: أن الحيوان مما يعلم عينه الذى يقبض بالوصف فيقبل السلم قياساً على الثياب والديباج.

وهذا؛ لأن السلم ضرب بيع إلا أنه بيع فى الذمة، وشرط بيع العين أن يكون معلوم العين بالإشارة إليه، والدين بالوصف.

والدليل على أنه ما يعلم بالوصف: أن لأنواعها المختلفة أسماء خاصة تمتاز باسمها عن سائر أنواعها. فيصير باسمها الخاص للنوع منه معلوم النوع من الجملة. فيجوز كالثياب.

فإن الثبوت وإن استقصى فى وصفه لابد أن يبقى بين الأمثال الداخلة تحت الوصف ضرب جهالة حتى لو استهلك أحد تلك الأمثال ضمن قيمته لا المثل الآخر ثوباً هو مثله فى السلم، وكذلك بين الحنطة الجيدة. والجيدة تكون ضرب تفاوتٍ. ولا يمنع جواز السلم وإن اعتبرت في ضمان الاستهلاك. فكذلك فيما نحن فيه من الحيوان؛ لأنه متى قال: «بعيراً» امتاز عن سائر أجناسه من الحيوانات.

وإذا قال: « حقة » [1] امتاز من سائر أسنانه التى هى مقادير فى باب الإبل.

= » وصالح بن كيسان ثقة ثبت فقيه. (راجع تقريب التهذيب ص ٢٧٣)

وأخرج أيضاً عقب هذا الأثر عن نافع أن عبدالله بن عمر اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيها صاحبها بالرَّبَذَة.

وذكر ذلك البخارى فى صحيحه - فى البيوع / باب بيع العبيد والحيوان بالحيوان نسيئة (٣١/١٠) معلقاً

وأخرجه ابن أبى شيبه - فى البيوع / باب فى العبد بالعبدين والبعير بالبعيرين (٣٠٥/٤) بطريق هشيم عن أبي بشر عن نافع عن ابن عمر فزاد فيه: « فقال لصاحبه: اذهب فانظر فإن رضيت فقد وجب البيع »

و « الراحلة » من الإبل: البعير القوي على الأسفار والأحمال. والتاء فيه للمبالغة.

و « الرَّبَذَة » قرية بين مكة والمدينة. وهى بالمدينة أقرب. وبها قبر أبى ذر الغفاري رضي الله عنه. (عمد القارى ٣١/١٠ - ٣٢)

١- الحِقّة: هى التى من الإبل ما اكتملت ثلاث سنين ودخلت فى الرابعة. والذكر: الحِقّ. وجمع الحِقّ: حِقاق وجمع الحقة: حِقق.

قال في الصحاح (١٤٦٠/٤): « سمي بذلك لاستحقاقه أن يحمل عليه وأن ينتفع به » (الصحاح

وإذا قال: «سَمِين» امتاز عن سائر أوصافه التى تختلف على الحىّ. وإذا قال: « من نجاد[١] فلان »؛ امتاز عن سائر الأنساب التى تنبئ عن أصله. فلا يبقى بعد ذلك إلا جهالة لا يمكن العبارة عنها، لا أثر لها إلا فى اختلاف أقدار القيمة فسقط اعتبارها للعجز عن رفعها. أو يقال: تلك جهالة بأحوال غير معتبرة.

فإن أهل اللّغة وضعوا للحالات المعتبرة فى التركيب لوجود العين بها وهيأتها الشائعة فى الجملة أسامى[٢] معلومة. فمالا يدخل تحت الوصف من المعانى التى تتفاوت بها المالية يكون ساقط العبرة فى حق إعلام العين بعد وجود الأسماء التى هى إعلام على تمييز المسمى من مسمى بجنسه ونوعه وحاله؛ لأنها أوصاف لبيان القيمة. والبيع يقتضى عيناً معلوماً فى نفسه ليجوز، لا معلوم القيمة عند العاقد. وإذا صار ساقط العبرة لم تصر الزيادة بتلك المعانى مستحقة بالبيع. فإذا أتى المسلم إليه بأدنى ما ينطلق عليه الوصف المستحق بالسلم خرج عن العهدة، ولم يكن للآخر المنازعة معه، لا [لأنه] لم يصر مستحقاً لتلك الزيادة. فإنها تزداد لا بهذه الأسماء بل بمعانٍ آخر تنضم إليها، كما إذا أسلم فى حنطة جيدة لم يجب تسليم الأجود فالأجود؛ لأن السلم لما جاز باسم الجيد علم أن تلك الزيادة لم تكن مستحقة بخلاف السلم فى الخلفات [٣] ؛ لأن اسم الخَلِفَة اسم لمجهول الحال؛ لأن

١٤٦٠/٤ ولسان العرب ٥٤/١٠ والمصباح المنير ١٤٤/١)

١ـ النّجادُ: من الإبل هو الطويل العنق مأخوذ من النّجد: هو ما ارتفع من الارض. والجمع أنجُد وأنْجاد ونُجُود.

قال فى اللسان (٤١٣/٣): « ولا يكون النّجادُ إلا قفّاً أو صلابة من الأرض فى ارتفاع مثل الجبل معترضاً بين يديك يرد طرفك عما وراءه » سمى الإبل بذلك لارتفاعه أو ارتفاع نسبه.

(يرجع إلى لسان العرب ٤١٣/٣ - ٤١٦ والمصباح المنير ٥٩٣/٢)

٢ـ الأَسَامىّ: جمع الأسماء والأسماء جمع الاسم

قال فى اللسان (٤٠٢/١٤): « جمع الأسماء أسامىّ وأسام »

٣ـ سبقت ذكرها وتعريفها فى ص : ١٩

الحبل لا تدرى حقيقته بحال. ألا ترى أنه إذا باع عيناً على أنه خلفة لا يجوز.

وبخلاف الرؤوس والأكارع[١] ؛ لأنها مختلفة فى أنفسها. وليس لما يختلف فى نفسه من الهيآت اسماً.

والسلم لا يجوز إلا بعد زوال ما يوجب جهالة فى العين كما لا يجوز السلم فى الرمان عدداً وكذا الخيار.

وبخلاف الجواهر واللآلى. فإن السلم فى اللآلى العددية الصغار منها يجوز. فأما الكبار منها والجواهر النفيسة فليس لأحوالها التى تختلف هى فى أنفسها أسماء معلومة. ولأن المقصود من الجوهر معناه لا عينه. إذ المقصود به التزيين. وذلك بالمعنى يحصل. ولس للمعانى المختلفة منها أسماء. والمقصود من سائر الأعيان أعيانها ؛ لأن المقصود منها يحصل من أعيانها دون معانيها من حسن اللون ولطف التركيب ونحوها. وللأعيان المختلفة منها أسماء خاصة. فلم تكن الجهالة لأجل المعنى صائرة.

والدليل على أن الحيوان يعلم بالوصف: أن بني اسرائيل استوصفوا البقرة فوصفت لهم [٢] فتوصلوا إليها بالوصف.

١ـ الأكَارِعُ: جمع كُرَاع. وهو ما دون الكعب من الدواب. وما دون الركبة من الإنسان.
قال فى اللسان (٣٠٧/٨): « الكراع من البقر والغنم: بمنزلة الوظيف من الخيل والإبل والحمر. وهو مستدق الساق العارى من اللحم. يذكر ويؤنس والجمع: أكْرُعٌ ثم أكَارِعُ.
(يرجع الصحاح ١٢٧٥/٣ ولسان العرب ٣٠٦/٨ - ٣٠٧ والمغرب ٢١٥/٢)
والأكارع استعملت فى كتب الفقه بمعنى: مادون الركبة من القوائم فى الدواب (راجع أنيس الفقهاء ص ٢٢١ وفتح القدير لابن الهمام ٢١٣/٦ والعناية ٢١٣/٦)

٢ـ لقد جاء فى الذكر الحكيم: ﴿ وإذ قال موسى لقومه إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة. قالوآ أتتخذنا هزواً. قال أعوذ بالله أن أكون من الجاهلين. قالوا ادع لنا ربك يبين لنا ما هى. قال إنه يقول إنها بقرة لا فارض ولا بكر. عوان بين ذلك. فافعلوا ما تؤمرون. قالوا ادع لنا ربك يبين لنا ما لونها. قال إنه يقول إنها بقرة صفرآء فاقع لونها تسر الناظرين. قالوا ادع لنا ربك يبين لنا ماهى إن البقر تشابه علينا. وإنا إن شاء الله لمهتدون. قال إنه يقول إنها بقرة لا ذلول تثير الأرض ولا تسقي الحرث. مسلمة لا شية فيها. قالوا الآن جئت =

وقال عليه السلام: « لا يصف الرجل الرجل بين يدي امرأته حتى كأنها تنظر إليه. ولا تصف المرأة المرأة بين يدى زوجها حتى كأنه ينظر إليها » [١] فجعل رسول الله الموصوف كالمرئى.

ولأن الحيوان يثبت ديناً فى الذمة مهراً. فكذلك سلماً قياساً على المكيل والموزون.

أو يقال: إن البيوع عقد معاوضة. فيستحق به الحيوان ديناً فى الذمة قياساً على الخلع [٢] والنكاح.

ولأن العصافير عددية متقاربة فتقبل السلم قياساً على البيض.

ولنا: ماروي عن عكرمة عن ابن عباس عن النبى عليه السلام: « أنه نهى عن السلم فى الحيوان » [٣] لكنه غريب. [٣٦٦/ب]

= بالحق. فذبحوها وما كادوا يفعلون ﴾ سورة البقرة: ٦٧ - ٧١.

١- الحديث: روى البخارى - فى النكاح / باب لا تباشر المرأة فتنعتها لزوجها (٤٢٣/١٦) عن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه بلفظ: قال النبى ﷺ : « لا تباشر المرأة المرأة فتنعتها لزوجها كأنه ينظر إليها »

ورواه أيضاً أبو داود - في النكاح / باب ما يؤمر به من غض البصر (٧١/٣)

وقال الشيخ الخطابى فى معالم السنن (٧١/٣) إشارة إلى الحديث: « فيه دلالة على أن الحيوان قد يضبط بالصفة ضبط حصر وإحاطة. واستدلوا به على جواز السلم فى الحيوان »

والترمذى - فى الأدب / باب فى كراهية مباشرة الرجال الرجال والمرأة المرأة (١٠٩/٥) بلفظ: « لا تباشر المرأة المرأة حتى تصفها لزوجها كأنما ينظر إليها. فقال: « هذا حديث حسن صحيح »

٢- سبق ذكر الخلع وتعريفه فى ١/ ٤١٧

٣- الحديث: أخرجه الحاكم فى المستدرك - كتاب البيوع / باب النهى عن السلف فى الحيوان (٥٧/٢) عن ابن عباس رضى الله عنهما.وقال: « هذا حديث صحيح ولم يخرجاه ». وأقره على ذلك الذهبي

وأخرجه الدار قطنى فى كتاب البيوع (٧١/٣)

وفى سند الحديث إسحاق بن ابراهيم بن جوتى. قال الزيلعى فى نصب الراية (٤٦/٤): « قال صاحب التنقيح: وإسحاق بن ابراهيم بن جوتى قال فيه ابن حبان: منكر الحديث جداً، يأتي عن الثقات بالموضوعات، لا يحل كتب حديثه إلا على جهة التعجب.

وقال الحاكم: روى أحاديث موضوعة».

جاء فى إعلاء السنن بأن المتهم بالوضع هو اسحاق بن ابراهيم الطبرى وليس اسحاق بن ابراهيم =

والمشهور « أن النبى عليه السلام نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة »[١] .

بن جوتى، وصاحب التنقيح لم يفرق بينهما. (راجع اعلاء السنن ٤٠٦/١٤)

«

١- هذا الحديث مروى عن سمرة بن جندب وعبدالله بن عباس وجابر بن سمرة وعبدالله بن عمر رضى الله عنهم جميعاً.

وأما حديث سمرة فأخرجه أصحاب السنن الأربعة عن الحسن عن سمرة « أن النبى ﷺ نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة »

وقال الترمذى (٥٣٨/٣ - ٥٣٩): « حديث سمرة حديث حسن صحيح. وسماع الحسن من سمرة صحيح. هكذا قال على بن المدينى وغيره »

الحديث عند أبى داود - فى البيوع / باب فى الحيوان بالحيوان (٢٧/٥)

وعند الترمذى - كتاب البيوع / باب ما جاء فى كراهية بيع الحيوان بالحيوان نسيئة (٥٣٨/٣)

وعند النسائى - كتاب البيوع / باب بيع الحيوان بالحيوان نسيئة (٢٩٢/٧)

وعند ابن ماجه - كتاب التجارات / ابا الحيوان بالحيوان نسيئة (٧٦٣/٢)

إن فى سماع الحسن عن سمرة خلافاً معروفاً بين الأئمة. قال الخطابى: « والحسن عن سمرة مختلف فى اتصاله عند أهل الحديث. وحكى عن يحيى بن معين أنه قال: الحسن عن سمرة صحيفة. (راجع مختصر المنذرى ٢٧/٥)

وقد سبق أن الترمذى صحح سماع الحسن عن سمرة (٥٣٨/٣ - ٥٣٩)

وللحديث شواهد أخرى كما يأتى بيانها.

وأما حديث عبدالله بن عباس رضى الله عنهما فأخرجه عبدالرزاق فى مصنفه - فى البيوع / باب بيع الحيوان بالحيوان (٢٠/٨) بطريق معمر عن يحيى بن أبى كثير عن عكرمة عن ابن عباس قال: « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة »

وأخرجه أيضاً ابن حبان فى صحيحه - فى القسم الثانى منه عن سفيان عن معمر بسنده المذكور. (نصب الراية ٤٧/٤)

والدار قطنى - فى البيوع (٧١/٣)

والبزار فى مسنده وقال: « ليس فى الباب أجل اسناداً من هذا »

(نصب الراية ٤٨/٤ والتعليق المغنى على الدار قطنى ٧١/٣)

والطبرانى فى معجمه عن داود بن عبدالرحمن العطار عن معمر مسنداً (راجع نصب الراية ٤٨/٤)

وأما حديث جابر بن سمرة فرواه الطبرانى فى معجمه. قال: حدثنا أحمد بن زهير التسترى حدثنا ابراهيم بن راشد الأدمى حدثنا داود بن مهران حدثنا محمد بن الفضل بن عطية عن سملك عن جابر بن سمرة: ... الحديث (نصب الراية ٤٨/٤) =

وبيع العين بثمن مؤجل يسمى نسيئاً. وعندكم يجوز إذا كان الثمن حيواناً موصوفاً فى الذمة.

وعن عمر: أنه قال فى خطبته على منبر رسول الله ﷺ : « وإن من الربا أبواباً لا يكن يخفين على الناس. منها: السلم فى السن» [1] أى الأجل وذلك متعارف عندهم؛ لأنها تختلف وتباع بأسنانها، فأما السلم فى نفس السن فلم يكن متعارفاً قط لينهى عنه.

= وأما حديث ابن عمر فرواه الطبرانى أيضاً بطريق محمد بن دينار بسنده عنه. قال البيهقى فى المعرفة: ومحمد بن دينار هذا ضعفه ابن معين. (نصب الراية ٤٨/٤). وقال فى تقريب التهذيب ص ٤٧٧: « صدوق سيء الحفظ. ورومى بالقدر. وتغير قبل موته

١- أثر عمر رضى الله عنه.

أخرجه عبدالرزاق فى مصنفه - كتاب البيوع / باب السلف فى الحيوان (٢٦/٨) قال: أخبرنا ابن عيينة عن عبدالرحمن بن عبدالله عن القاسم بن عبدالرحمن قال: قال عمر بن الخطاب « إنكم تزعمون أنا لا نعلم أبواب الربا. ولأن أكون أعلمها أحب إلىّ من أن يكون لى مثل مصر وكورها. ومن الأمور أمور لا يكنّ يخفين على أحد: هو أن يبتاع الذهب بالورق نسيئاً، وأن يبتاع الثمرة وهى معصفرة لم تطب، وأن يسلم فى السن »

وابن أبى شيبة - كتاب البيوع / باب من كره السلم فى الحيوان (٤١٩/٤) مقتصراً

والبيهقى فى سننه - كتاب البيوع / باب من أجاز السلم فى الحيوان بسن وصفة وأجل معلوم إن كان إلى أجل، ومن كرهه (٢٣/٦) مقتصراً أيضاً

وأخرج ابن أبى شيبة فى مصنفه بسنده عن ابراهيم أنه قال: كتب عمر إلى عبدالله: « لا تسلم فى الحيوان »

وعن ابن سيرين: « أن عمر وحذيفة وابن مسعود كانوا يكرهون السلم فى الحيوان » (راجع مصنف ابن أبى شيبة - كتاب البيوع / باب من كره السلم فى الحيوان ٤١٩/٤) »

وعن عبدالله بن مسعود [١] : أنه دفع إلى زيد بن خُلَيدَة [٢] مالاً مضاربة[٣] فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب[٤] فى قلائص[٥] معلومة. فبلغ ذلك عبدالله بن

١- هو عبدالله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن شخص بن قار بن مخزوم الهزلى. أبو عبدالرحمن.
صحابى جليل. من السابقين الأولين. وهاجر الهجرتين . وشهد بدرا والمشاهد بعدها.
لازم النبى ﷺ وكان صاحب نعليه والسواك والوساد كان رضى الله عنه من كبار العلماء من الصحابة، مناقبه جمة.
قال حذيفة رضى الله عنه: « إن أشبه الناس هدياً ودلا وسمتاً بسيدنا محمد ﷺ عبدالله بن مسعود من حين يخرج إلى أن يرجع. لا أدرى ما يصنع فى بيته.
ولقد علم المحفوظون من أصحاب سيدنا محمد ﷺ أن عبدالله من أقربهم عند الله وسيلة بيوم القيامة »
أرسله عمر رضىالله عنه إلى الكوفة مع عمار بن ياسر وكتب إليهم: إنى قد بعثت إليكم عمار ابن ياسر أميراً وعبدالله بن مسعود معلّماًووزيراً. هما من النجباء من أصحاب رسول الله ﷺ من أهل بدر. فاقتدوا بهما واسمعوا من قولهما. وقد آثرتكم بعبدالله بن مسعود بنفسى »
مات رضى الله عنه سنة ٣٢ هـ وبالمدينة على الأرجح ودفن بالبقيع.
(الاستيعاب ٣١٦/٢ - ٣٢٤ والإصابة ٣٦٨/٢ - ٣٧٠، وتقريب التهذيب ص ٣٢٣)

٢- وفى بعض الكتب « زيد بن خويلدة » و « خويلد »
قال الحافظ ابن حجر فى الإيثار بمعرفة الآثار للامام محمد (ص ١٠) زيد بن خويلد البكرى عن ابن مسعود وعنه ابراهيم النخعى فى السلم فى الحيوان.
وقال البخارى فى تاريخه: زيد خليدة اليشكرى الكوفى والد محمد. روى عن ابن مسعود وهرم بن حبان. روى حديثه الشعبى. وبيض له أن ابن أبى حاتم. وذكره ابن حبان فى الثقات. وقال روى عنه ابنه محمد. » وأشار أن اليشكرى هو الصواب (ص ١٠)

٣- المضاربة: هى دفع المال إلى آخر للتجارة ويكون الربح بينهما على ما شرطا.
أو هى عقد على الشركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر (راجع تحفة الفقهاء ١٩/٣ واللباب فى شرح الكتاب ١٣١/٢ ، وعقود الجواهر المنيفة ٥٩/٢ وشرح المجلة ص ٧٤٤)
وهى فى اللغة: مفاعلة من ضَرَبَ فى الأرض: أى سافر وأسرع فى السير، ومار فى ابتغاء الرزق.
قال فى لسان العرب (٥٤٤/١): « كأنه مأخوذ من الضرب فى الأرض لطلب الرزق. قال تعالى: ﴿ وآخرون يضربون فى الأرض يبتغون من فضل الله ﴾ سورة المزمل - ٢٠
(الصحاح ١٦٨/١ ولسان العرب ٥٤٤/١ والمصباح المنير ٣٥٩/٢)

٤- هو عتريس بن عرقوب الشيبانى الكوفى، من التابعين. قال الحافظ ابن حجر فى الإيثار بمعرفة رواة الآثار (ص ١٨) بأنه: « سمع ابن مسعود. ذكره البخارى ولم يذكر فيه جرحاً . وذكره ابن حبان فى ثقات التابعين وقال: روى عنه أهل الكوفة »

٥- القلائص: جمع القَلُوص: وهى الشابة، الفتية من الإبل.
هى بمنزلة الجارية الفتاة من النساء. ويجمع القَلُوص أيضاً قِلَص وجمع القُلُص قِلاَص. مثل سُلُب وسِلاَب (الصحاح ١٠٥٤/٣ ولسان العرب ٨١/٧)

مسعود. فقال: « أربيت، اردد علينا رأس مالنا »[١]

وأما المعنى فيه: فما قاله محمد بن الحسن: إن الحيوان مختلف فلا يجوز السلم [فيه][٢] كالأكارع والرؤوس واللآلى الكبار والخلفات.

والمراد بقول: « مختلف »: إنه مختلف بعد الوصف الذى يجوز الخصم السلم به. وكون المسلم فيه معلوماً / شرط الجواز؛ لأنه مبيع ولو كان عيناً لم يجز إلا معلوماً.

ألا ترى أنه لا يجوز السلم باسم الحنطة ولا باسم الشعير؛ لأنه يبقى مختلفاً بعد الاسم.

يدل أنه لا فرق بين السلم والبيع إلا أن المبيع فى البيع عين وهذا دين، فيجب الاعتبار بمبيع غير عين نحو واحد من الجملة. ولو اشترى شاة من جملة الغنم لم يجز؛ لأنها مختلفة، ولو اشترى قفيزاً من صبرة يجوز؛ لأنها متقاربة. فكذلك السلم.

ولأنا أجمعنا على أن السلم فى المختلف لا يجوز كالخلفات والجواهر. وفى المتقاربة خلقة يجوز كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة.

وحد المتقاربة خلقة: ما يضمن متلِفها المثلَ من جنسها.

١- الأثر:
أخرجه الإمام أبو يوسف فى الآثار عن أبى حنيفة عن حماد عن ابراهيم - كتاب البيوع ص١٨٦
ومحمد بن الحسن الشيبانى فى الآثار بنفس الطريق - في البيوع / باب السلم فى الحيوان (ص ١٦٥)
وعبدالرزاق فى مصنفه - كتاب البيع / باب السلم فى الحيوان (٨/٢٣ - ٢٤) عن ابراهيم وعن طارق بن شهاب.
وابن أبى شيبة فى مصنفه - كتاب البيوع / باب من كره السلم فى الحيوان (٤/٤١٩) عن طارق ابن شهاب.

٢- المكتوب في النسخ « فيها » لعله بسبب مبادرة معنى الجمع إلى الذهن

وحد المتفاوتة: مالا يضمن مستهلكها المثل من جنسها[١]

فتصير المتفاوتة فى الأصل مالا يستحق بالسلم إلا بوصف برفع التفاوت رفعاً يلتحق به بالمتقاربة خلقة.

ولايجوز بهذا الحد السلم فى الحيوان؛ لأن المتقاربة خلقة بأوصافها التى شرطت للسلم يتقارب بعضها من بعض ذاتاً وقيمةً. والحيوانات لا تتقارب قيمةً بتلك الأسماء؛ لأنك تجد بعيرين من نجادٍ واحدٍ وسنٍ واحدٍ وسمنٍ واحدٍ و بينهما تفاوت ألوف. وكذلك العبيد والأفراس.

ومعنى المالية من المال معتبر فى باب البيع والشراء كالعين، بل أكثر فى عرف التجارة. فأكثر الأرباح يقع بها. فلما كانت الجهالة التى تقع تتفاوت أسماء هيآت العين مفسدة للسلم مالم يرفع بالاسم الخاص. وكذلك الجهالة الأخرى، فإذا لم يكن لها اسم ولم ترفع تحققت الجهالة. فيبطل السلم فيها كما فى اللآلى والخلفات.

وقيل (له) [٢] : لا تبع هذا ومع المتقارب خلفة، فلا يكون فيه تكليف ماليس فى الوسع بخلاف السلم فى الثياب، فإنا لا نجوز السلم فيها حتى يستقصى فى أوصافه التى تتفاوت بها العين ومالية العين، فإنها بعد الاستقصاء تلتحق بالحنطة الجيدة، ومابين الجيد والجيد من التفاوت فيهدر اعتباره، وإن لم يهدر فى

١- راجع أيضاً بدائع الصنائع ٢٠٨/٥

وعرفوا العددى المتقارب أيضاً بأنه: مالا يتفاوت آحاده، والعددى المتفاوت بأنه: ما يتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً.

وإنما يقصد بذلك التفاوت التفاوت فى المالية.

(يرجع إلى فتح القدير لابن الهمام ٢٠٧/٦ - ٢٠٨، والعناية ٢٠٧/٦ - ٢٠٨، ومجمع الأنهر ٩٨/٢)

٢- غير موجود فى نسخة « ا »

ضمان الاستهلاك كما هدر (أعلى الجودة) [١] فى السلم فى الحنطة وإن لم يهدر فى ضمان الاستهلاك؛ فإن من استهلك حنطة جيدة ضمن مثلها فى الجودة لا أدنى ما ينطلق عليه الاسم. وفى السلم يجوز بوصف الجيد. وينصرف إلى الأدنى ويهدر اعتبار مابين الجيد والجيد؛ لأنه لو اعتبر لبطل السلم. فإنه جوز (رخصة) [٢] لأجل ضرورة دفع حاجة المعسر. فلم يجز التعليق بشرط لا يمكنه الوفاء به. ولهذا هدرت لضرورة الجواز. وقد ارتفعت الضرورة ببيع المتقارب لم يحتمل جهالة فوق ذلك فى غير المتقارب بلا ضرورة، واحتمل هذا القدر.

فأما الحيوانات فلا يجوز السلمُ فيه بالإجماع متى استُقصِىَ فى وصفه استِقصَاءً بليغاً؛ لأنه يصير سلماً فى عديم النظير (ما) [٣] أنه لا يرتفع تفاوته المالية، ولا أيضاً [٤] هيئات الصورة التى بها تختلف الرغائب فى الأعيان من الملاحة والحسن ولطف التركيب التى بها يختلف الغنم. ولا يمكن وصفها كما فى الجواهر. ويمتاز بعضها عن بعضٍ عيناً بتلك الأوصاف قبل أن يجئ إلى القيمة.

وأما الثياب والديباج [٥] فلا يصير عديم النظير بالاستقصاء؛ لأن الوصف إنما يوجد من المصنوع حاصل بصنعة العباد. وما يكون بصنعة العباد يكثر من ذلك الصانع أمثالُه. وكذلك من أهل صناعته فى العادة، وكلها تدخل تحت وصفه؛ لأنه لا يمكنه فعله / إلا بعد معرفته باسمه. [٣٦٧/أ]

فأما مايكون بصنع الله فقد يقع نادراً، لا مثل له. والاستقصاء لا يحصل إلا

١ـ غير موجود فى نسخة « ا »
٢ـ غير موجود فى نسخة « ا »
٣ـ فى نسخة « ا »: « معها »
٤ـ أى ولا يرتفع أيضاً
٥ـ الديباج: هى الثياب المتخذة من الإبريسم. وهو نوع من الحرير. فارسى معرب ويجمع على دَبابيج. (لسان العرب ٢٦٧/٢)

بذكر وصفه فيصير عديم النظير. ومالا يمكننا وصفه والإحاطة بعلمه ومالا اسم له عندنا. ولأن التى تقرب من الثياب الأغنام، فإن سائرها يتفاوت تفاوتاً فاحشاً، وتفوات الأغنام موصوفة أكثر من تفاوت الثياب؛ لأن المقصود من الشاة لحمها، ولا يوقف عليه إلا من تحت الجلد، وليس لكل قدر منه اسم على حدة، والثوب له أوصاف محسوسة ظاهرة غير مستّرة، ولكل هيأة اسم على حدة.

ولأن المتفاوت جنس والمتقارب جنس، والحد الفاصل بينهما يقرب بعضه من بعض. وربما يشتبه فلا يتكلم فيه، فلابد من الحد. وإنما الكلام فيماهو متفاوت الوفاء بعد الاتفاق على أوصاف السلم. أ يجوز السلم فيها أم لا ؟:

فإن خصمنا جوزه، ولم يبال باختلاف القيم واعتبره بالعين، والعين إنما يعلم بالإشارة إليه. والوصف والقيمة يدخلان فيه تبعاً ما به إعلامٌ بحال ولا يؤدي العجز عن تسليم المبيع. وفى السلم يؤدى، لأن المشترى يعين أعلى الأمثال - ؛ لأنه داخل تحت الاسم - والبائع أدناها. وهما سواء فيه بحق المعاوضة فلا يمكن تعيينه.

فأما الجواب عن الأول [١] : إن الخلاف فى شرائطه [٢] ولا ذكر لها فى الحديث. أو أجمعنا أن إعلام السلم شرط، والخلاف وقع فى كمية الإعلام.

والجواب عن الثانى [٣] : إنه حكاية فعل. واحتمل أنه كان قبل حرمة الربا.

واحتمل أنه كان فى دار الحرب. واحتمل أنه كان لضرورة تجهيز الجيش. و (عندنا) [٤] يجوز فى مثل هذه الأحوال [٥]

١- أى الجواب عن احتجاج الشافعى رحمه الله بما روى عن النبى ﷺ « أنه نهى عن بيع ماليس عند الإنسان، ورخص فى السلم » راجع ص : ٤

٢- أى فى شرائط السلم

٣- أى عن الاحتجاج بحديث شراء بعير ببعيرين إلى أجل حين تجهيز الجيش راجع ص : ٢٠

٤- فى نسخة « ا »: « عند »

٥- راجع الهداية ١٧٧/٦ والعناية ٢١٠/٦ ومجمع الأنهر ٨٩/٢ - ٩٠.

وكذلك حديث علي المروي عنه [١] فعل، واحتمل ما قلنا.

وكذلك فصل القرض [٢].

والجواب عن المعنى [٣] : إنا ندعى أن الأمثال التى اشتمل عليها الأوصاف متفاوتة القيم بألوف. والمبيع واحد منها، فلا يجوز كشراء الشاة من القطيع؛ لأنه عقد معاوضة فيوجب التسوية بينهما فكما للبائع أن يقول: لم أوجب لك إلا الأدنى. كان للمشترى أن يقول: لم أوجب لك الثمن إلا بالأعلى.

وإنما سقط فى باب السلم فى الحنطة الجيدة وبنى الأمر على قول المسلم إليه لضرورة ذكرناها، فيتقدر بقدرها. ولا يسقط أكثر منها بلا ضرورة على مامر[٤] بخلاف الوصية والإقرار [٥] ؛ لأن الإيجاب (وجد) [٦] من المستحق عليه لا غير. فيكون القول قوله فى بيانه حتى صحت الوصية بشاة من القطيع، وكذلك الإقرار.

وأما العصافير [٧] : فإن وجد شئ منها عددية متقاربة. ولا ينقطع فى مدة السلم فيجوز السلم فيها كما يجوز فى السمك.

أو يجعل بمنزلة الأكارع، وذلك التفاوت منع الجواز. فكذلك العصافير.

وقد قال محمد بن الحسن: إن كان شئ منها يعلم فيجوز [٨]

ولا يجوز اعتبار السلم بالمهر وبدل الخلع؛ لأن ذلك البدل يثبت عندنا

١ـ أى المروى عنه « بأنه باع جملاً يدعى عصيفيراً بعشرين بعيراً إلى أجل » راجع هامش ص : ٢٠ـ٢١

٢ـ وهو اشارة إلى رواية « أن النبى ﷺ استقرض بكراً ورَدّ رَباعياً » راجع ص : ٢٠

٣ـ راجع ص : ٢١

٤ـ راجع ص : ٢٩

٥ـ سبق تعريف الوصية فى ١/٩١ والإقرار فى ١/ ٤٤٩

٦ـ غير موجود فى نسخة « ا »

٧ـ العصافير: جمع العصفور: وهو طائر صغير معروف
(راجع لسان العرب ٥٨١/٤ والمغرب ٦٥/٢)

٨ـ يرجع أيضاً إلى فتح القدير لابن الهمام ٢١١/٦ - ٢١٢. والعناية ٢١١/٦ - ٢١٢ .

بنفس اسم الجنس كالشاة والعبد. فلم تكن الجهالة مانعة من الثبوت. وههنا الجهالة مانعة. وكذلك الجهالة لا تمنع صحة عقده وههنا يمنع، فيكون استدلالاً بفصل مختلف فيه.

ولأن المفسد ههنا جهالة قيم المسمى عندى. وفى النكاح لا يجب عندى إلا معلوم القيمة؛ لأنه معلوم الوصف.

وعن قصة بني اسرائيل [١] إنا لا ننكر إعلام الغائب بالوصف. ولكن نقول: ذلك الإعلام لا يرفع تفاوت القيم بين أمثاله إلا إذا استقصى. فيصير حينئذ عديم النظير كبقرة بنى اسرائيل [٢] بخلاف الثياب؛ لأن أفعالنا تخرج على نهجٍ واحدٍ إذا كانت الآلة واحدة. وأفعال الله على مايشاء الله، لا على نهجٍ ومثالٍ. ومثال واحد فيما خلق على التفاوت، فصار السلم الحال فاسداً لعجز ثابت عن التسليم بعدم حكماً للحاجة. والسلم فى المنقطع قبل حينه فاسدٌ لعجزٍ ثابتٍ بعدم حقيقة شكٍ بالشرط فى ارتفاعه لشَكّنا فى حياته إلى حينه التى بها يقدر.

والسلم فى الحيوان (باطل) [٣] لعجزٍ ثابتٍ بجهالة المسلم فيه جهالةً معتبرةً.

☆☆☆☆☆☆☆☆

١- فى استوصاف البقرة فوصولهم إليها بالوصف كما ورد فى سورة البقرة - الآية ٦٨ - ٧١ (راجع ص٢٢وهامشها):

٢- حيث قال عزوجل: ﴿ فذبحوها وماكادوا يفعلون ﴾ سورة البقرة - ٧١

٣- فى نسخة (ا): « باطلاً »

مسـألـة

[الخلاف فى حكم السلم فى اللحم]

ومن هذا القبيل السلم فى اللحم [١] قال أبو حنيفة: باطل.

(وقالا) [٢] : جائز [٣] ؛ لأنه موزون فيجوز السلم فيه قياساً على سائر الموزونات. ولأن اللحم مما يضمن بالاستهلاك مثله صورة و (يجوز) [٤] الاستقراض فيه فالسلم أولى؛ لأن المثل المعتبر فى باب السلم أوسع منه فى باب الاستهلاك والاستقراض حتى لم يجز استقراض الثياب وصح السلم فيها.

ولأبى حنيفة: أن اللحم مختلف فى حق السلم. فلا يجوز السلم [٥] كالشاة[٦]

وإنما قلنا ذلك؛ لأن السلم لمالايجوز إلا بأجل. واللحم مما تختلف صفته بأزمنة السنة تفاوتاً معتبراً مثل تفاوت الجيد والردئ فى ساعة واحدة فيمنع جواز السلم كما لو أسلم فى اللحم ولم يذكر الجيد والردئ.

وبهذا فارق السلم القرضَ والاستهلاك؛ لأنهما يوجبان المثل للحال. وإنه مثلى غير مختلف فى زمان واحد. ولا يلزم السمك [٧] ؛ لأن صفته لا تختلف بالأزمنة

١ـ أى فى اللحم الذى فيه العظم (راجع تحفة الفقهاء ١٥/٢ والعناية ٢١٦/٦) وتقتضى أيضاً العبارات الآتية ذلك فى كلام المؤلف .

٢ـ يعنى أبا يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله. وفى نسخة (ا): « وقال لا » وهو خطأ

٣ـ يرجع للمسألة إلى فتح القدير لابن الهمام ٢١٥/٦ والعناية ٢١٥/٦ والبحر الرائق ١٥٨/٦ قال فى الهداية (٢١٥/٦):« ولا خير فى السلم فى اللحم عند أبى حنيفة ـ رحمه الله ـ وقالا: إذا وصف من اللحم موضعاً معلوماً بصفة معلومة جاز؛ لأنه موزون مضبوط الوصف. ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجرى فيه ربا الفضل »

٤ـ فى نسخة (ب): « لجواز »

٥ـ أى لا يجوز السلم فى اللحم

٦ـ أى كاختلاف لحم الشاة من حين إلى حين آخر وكاختلاف لحمها مع لحوم غيرها من الحيوانات.

٧ـ احتراز عن الزام جواز السلم فى السمك المالح وزناً معلوماً وضرباً معلوماً وكذا فى الطرى فى حينه فقط (راجع الهداية ٢١٥/٦ ومجمع الأنهر ٩٩/٢)

إختلافاً معتبراً بين الناس.

وكذلك المكيلات. وكذلك الأَلِيَة والشحم [١] ؛ لأنهما سمنٌ كله إنما يقل ويكثر فى الشاة باختلاف الأزمنة.

وهذه الجهالة ترتفع بذكر الوزن.

ومنهم من أفسد السلم فيه عند أبى حنيفة لمكان العظم؛ لأنه يتفاوت. واللحم النيئ هو مقصود يتفاوت بتفاوته [٢] وتجرى المماكسة بين البائع والمشترى بسببه [٣]

وعن أبى حنيفة فى المخلع عنه العظم قولان:

روى الحسن بن / زياد [٤] : أنه يجوز [٥] [٣٦٧/ب]

وروى محمد بن شجاع [الثلجى] [٦] : أنه لا يجوز[٧]

☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١- أى كذلك يجوز السلم فى الألية والشحم
٢- أى بتفاوت العظم
٣- راجع أيضاً العناية ٢١٦/٦ وفتح القدير لابن الهمام ٢١٦/٦.
٤- هو الحسن بن زياد اللؤلؤى رحمه الله سبق ذكره وترجمته فى ١/ ٣٦٥
٥- أخذ به الإمام الكرخى (راجع تحفة الفقهاء ١٥/٢)
٦- المكتوب: « البلخى » والصحيح وما ذكرناها
وهو محمد بن شجاع أبو عبدالله الثلجى المعروف بابن الثلجى نسبة إلى ثلج بن عمرو بن مالك بن عبد مناف.
تفقه على الحسن بن أبى مالك والحسن بن زياد وبرع فى العلم. وكان فقيه العراق فى وقته والمقدم فى الفقه والحديث وقراءة القرآن مع ورع وعبادة.
مات فجأة فى سنة ٢٦٦ هـ ساجداً فى صلاة العصر.
وله: كتاب الآثار وكتاب النوادر وكتاب المضاربة وكتاب الرد على المشبهة وغيرها وكتاب المناسك.
وله ميل إلى مذهب المعتزلة
(الجواهر المضية ١٧٣/٣ - ١٧٥ والفوائد البهية ص ١٧١)
٧- أخذ به أبوبكر الجصاص (تحفة الفقهاء ١٥/٢).

مسـألـة

[الخلاف في اشتراط بيان مكان الايفاء]

ومن ذلك قال أبو حنيفة آخراً: إن بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة [١] شرط.

وقالا: ليس بشرط[٢] ؛ لأن بيان المكان يحتاج إليه ليصير مكان التسليم معلوماً. ومكان العقد / متعين للتسليم، فلم يجب بيان آخر كما فى بيع العين، وكما لو عين بالشرط.

وإنما قلنا: إن مكان العقد متعين للتسليم؛ لأنه أولى بالتسليم فيه سائر الأمكنة؛ لأن السبب الموجب للتسليم وهو العقد وجد فيه كما فى بيع العين [٣]

ألا ترى أن مكان العقد أولى من سائر الأمكنة لتسليم رأس المال.

فإن قيل: لو تعين مكان العقد لبطل بيان آخر كما في بيع العين.

قلنا: لما عين مكاناً آخر بالنص صار أولى من مكان العقد الذى كنا نعينه بدلالة (السبب الموجب) [٤] للتسليم من غير نص [٥] غير أن هذا الشرط يفسد بيع العين؛ لأن المشترى يملك العين بالشراء، وإذا شرط عليه حملاً زائداً فقد اشترط عليه حملاً فى ملكه مع ما اشترى العين منه. ثم سمى الثمن بإزاء ذلك كله. صار ما يقابل الحمل إجارة. فيصير صفقة فى صفقة [٦] (فيبطل بالشرط الفاسد. والسلم لا

١- المُؤنَةُ و المَؤُونَة: النقل والقوت.
يقال: مَأنت القوم: إذا احتملت مؤنتهم. (لسان العرب ٣٩٦/١٣ والمغرب ٢٥٥/٢ والمصباح المنير ٥٨٦/٢)
٢- يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢١٣/٥ وفتح القدير لابن الهمام ٢٢١/٦ والعناية ٢٢١/٦ واللباب فى شرح الكتاب ٤٤/٢
٣- أى كما هو الحال فى بيع السلعة الحاضرة عند البائع حين العقد.
٤- فى نسخة (ا) « سبب » مكان « السبب الموجب »
٥- أى من غير نص صادر عن المشترى،
٦- أى صفقة إجارة فى صفقة بيع.

يملك عيناً قبل القبض، فيكون النقل إلى مكان آخر عملاً من البائع فى مال نفسه، فلا يصير أجراً لغيره. فلا يصير هذا الشرط صفقة فى صفقة) [١] ، فلا يصير فاسداً.

وحجة أبى حنيفة: أن مكان العقد لا يتعين للتسليم. وإذا جهل مكان التسليم تنازعا [٢] فى التعيين لما في التعيين من الفائدة لكل واحدٍ منهما من طرح مؤنة الحمل عن نفسه وتساويهما فى الباب بحق المعاوضة والتجارة وطلب الربح فيه.

وإذا جائت المنازعة وتعارضت وقع العجز عن التسليم فيفسد [٣] كالسلم فى الحيوان[٤] ولا شك فيه (أن) [٥] الشبهة فى (إبطال) [٦] تعيين مكان العقد.

فالدليل عليه: أنه ليس فى العقد نص على تعيين مكانه مكاناً للتسليم. فلو ثبت لثبت مقتضى أنه سبب التسليم. وأنه سبب لتسليم المبيع لا لتسليم المكان. فلا يدخل المكان تحته حكماً له. لكن السبب إذا أوجب التسليم حالاً صار مكان العقد أولى من غيره؛ لأن التسليم وجب وهما فيه.

والتسليم يجب على من عليه الحق، ولا يمكنه إلا فى المكان الذى هو فيه. فيصير ذلك المكان أولى من غيره، لكونه ظرفاً له حال وجوب التسليم عليه. والسلم لا يجوز إلا مؤجلاً فلا يصير مكان العقد ظرفاً له حال وجوب التسليم عليه. فلا يصير أولى (من سائر الأمكنة) [٧]

ثم سائر الأمكنة بعد مكان العقد سواء فى الصلاح للوجوب فيه. فيبقى

١- مابين القوسين ساقط نسخة (ا)
٢- أى يؤدى إلى تنازع البائع والمشترى فى تعيين مكان الإيفاء
٣- أى يفسد العقد
٤ أى كما وقع العجز عن تسليم الحيوان بكل أوصاف مشروطة لتفاوت الحيوانات فى المالية وعدم ضبط كل الأوصاف بأسماء معينة واحتمال تنازع البائع والمشترى فى أدنى ما ينطبق عليه الاسم والأعلى.
٥- فى نسخة (ا): « إنما »
٦- غير موجود فى نسخة (ب)
٧- غير موجود فى نسخة (ا)

مجهولاً بخلاف بيع العين. فإنه يوجب التسليم حالاً، فيصير مكان العقد أولى.

وكذلك رأس المال فى باب السلم [١] وبخلاف مالا حمل له ولا مؤنة؛ لأن جهالة مكان تسليمه [٢] لا يضر؛ لأنه لا يؤدى إلى المنازعة بل يؤمر رب السلم بالقبض أينما سلم إليه؛ لأنه يصير متعنتاً فى بيان مكان آخر، ولا فائدة فيه.

ألا ترى أنهما [٣] لو عينا مكاناً بالنص لم يتغير؛ لأنه لا فائدة فيه.

وبخلاف كرّ الحنطة إذا جعلت ثمن مبيع مؤجل؛ فإن تسليمه يجب فى مكان العقد إذا حل الأجل؛ لأن أصل البيع حال، والأجل عارض، فصار مكان العقد متعيناً للتسليم على ما عليه الوضع. فإذا ارتفع عاد إلى أصله.

فأما السلم فلا يصح إلا بأجل [٤] ، وإنه أصل فيه. فلم يكن مكان ظرف الوجوب بالسلم بحال حتى إذا سقط الأجل عاد إلى أصله فيتعين بهذا الطريق.

حتى قال أبو حنيفة فيمن استأجر داراً بشئ له حمل ومؤنة فى الذمة: كان بيان مكان التسليم شرطاً؛ لأن الإجارة لا توجب تسليم البدل حال العقد بحال. إنما يجب على حسب حدوث المنافع فى يده.

وقد قالوا جميعاً [٥] فى رجلين اقتسما داراً وشرط على أحدهما كر حنطة فى الذمة: إنه يؤمر بتسليمه إذا حل الأجل فى الدار دون مكان العقد؛ لأن الزيادة جعلت تبعاً للقسمة. والتسليم بالقسمة لا يتصور فى غير مكان المقسوم، فلغا اعتبار مكان العقد.

١- لاشتراط قبض رأس المال فى مجلس العقد؛ ولذا يصير مكان العقد ظرفاً له حال وجوب القبض.
٢- أى تسليم رأس المال. وكذلك مالا حمل له ولا مؤنة
٣- أى العاقدان
٤- راجع ص : ٤ و ما بعدها
٥- يعنى أبا حنيفة وصاحبيه أبا يوسف ومحمد بن الحسن رحمهم الله

فعلم أن التسليم فى مكان العقد ليس بحكم العقد.

وقال أبو حنيفة فى قوله الآخر فى مسألة القسمة: إنه لا يجوز إلا بعد بيان مكان الإيفاء؛ لأن العقد لما لم يوجب التسليم فى مكان العقد صارت الأمكنة سواء.

فما قالاه [١] ظاهر. والذى قاله[٢] أبو حنيفة أفقه.

☆☆☆☆☆☆☆

١- من عدم اشتراط بيان مكان الإيفاء
٢ أى من اشتراط بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة

مسـألـة

[الخلاف فى اشتراط معرفة قدر رأس المال]

إعلام قدر رأس المال شرط عند أبى حنيفة.[١] وقالا: ليس بشرط[٢] ؛ لأن رأس المال عوض عين، فلا يشترط للجواز بيان القدر قياساً على سائر الأعيان التى تجعل أعواضاً.

وهذا لأن بيان القدر لو شرط للإعلام. فإنه لا ربا بين رأس المال والسلم؛ لأنهما جنسان مختلفان، فلا يشترط إعلام القدر لنفى الربا على أنه لا يشترط فى مال الربا إلا إثبات المساواة دون إعلام القدر. فإنهما لو تصارفا كفة بكفة أجزأه لما تثبت المساواة بذلك. ولما شرط للإعلام لم يشترط مع الإشارة؛ لأنهما أبلغ أسباب إعلام العين. فإنه يقطع الشركة من كل وجه. يدل عليه إن كان رأس المال ثوباً أو حيواناً بخلاف المسلم فيه؛ لأنه ليس بعين فلا يصير معلوماً إلا بالأوصاف التى ترفع الجهالة والقدر رأسها ورأس المال متى لم يكن عيناً / لم يكن بدّ من ذكر قدرها [٣٦٨/أ] أيضاً.

وأما أبو حنيفة فإنه روى مذهبه عن ابن عمر[٣]

١- وذلك مقيد بأن كان رأس المال مما يتعلق العقد على معرفة قدره كالمكيل والموزون والمعدود (الكتاب للقدورى ٤٣/٢ والهداية ٢٢١/٦)

قال فى تحفة الفقهاء (٩/٢): « إعلام قدر رأس المال، فهو شرط جواز السلم فيما يتعلق العقد فيه بالقدر كالمكيل والموزون والعددى المتقارب...

وصورة المسألة: إذا قال رب السلم: « أسلمت إليك هذه الدراهم» وأشار إليها، أو: « هذه الدنانير » وأشار إليها، ولم يعرف وزنها.

وكذا إذا قال: « أسلمت هذه الحنطة فى كذا »، ولم يعرف مقدار كيل رأس المال »

٢- يرجع للمسألة أيضاً إلى كل من بدائع الصنائع ٢٠١/٥ والعناية ٢٢١/٦ وفتح القدير لابن الهمام ٢٢١/٦ والبحر الرائق ١٦١/٦

٣- ذكره أيضاً صاحب العناية (٢٢١/٦) والبحر الرائق (١٦١/٦)

ابن عمر هو عبدالله بن عمر بن الخطاب رضى الله عنهما. سبق ذكره وترجمته ١ / ١١١

والمعنى فيه: أن إعلام قدر المسلم فيه شرط ليجوز السلم ويصير مقدور التسليم له. ولن يحصل ذلك الإعلام إلا بإعلام قدر رأس المال. فيصير إعلامه شرطاً كما جعلتم جميعاً الإعلام شرطاً فى باب الضرب إذا كان جنساً واحداً ولم يكن عيناً فى الكفة، لا للإعلام بعد الإشارة بل لنفي الربا.

والدليل عليه: أن دراهم الناس فى العادة لا تخلو عن قليل زيف، وعن الرواج على الصيارفَة[1] على أنه ليس كل (مشترٍ)[2] يجد الصيرفىّ حال العقد. والشيء يباع سلماً للحاجة إلى الثمن على مامر[3] فمتى جوز مجهول القدر وقبض ثم أتفق لحاجته بقدر الحاجة على مثال نفقة الفقراء شيئاً فشيئاً بقيت الزيوف فى العادة فوردها على ما عليه العادة. واستحق بالشريعة. وقلّ ما يتفق الاسترداد فى مجلس الرد، فينتقض العقد بقدر المردود والمردود عليه. فى العادة يخلط المردود بغيره فيبطل السلم بقدر المردود. ولا يدرى كم هو من الجملة. فيبقى المسلم فيه مجهول القدر.

وإذا كان الغالب هذا أعطى له حكم المتحقق؛ لأن الباب باب الربا بسبب جهالة المبيع فيحتاط له. وبه علّل أبو حنيفة فى الكتاب.

ولأنا ذكرنا أن القدرة يُحتَاج إليها حين حلول الأجل. وإنما تبقى القدرة إذا لم يتبدل الحال من الوجه الذى قلنا. والظاهر على التبدل فلا تثبت القدرة بالشّك. وكان هذا نظير ما إذا أسلم فى طعام قريةٍ لا يبقى إلى حين الأجل عادة.

١ـ الصيارفة: جمع الصّيرفىّ.
والصيرفى: هو اسم فاعل من صَرَفْتُ الذهب بالدراهم: أى بعته.
سمى بيع الذهب بالفضة صَرفاً؛ لأنه يُنصَرَفُ به عن جوهر إلى جوهر.
يقال للصيرفى: الصَرّاف والصّيرَف. (الصحاح ١٣٨٦/٤، ولسان العرب ١٩٠/٩ والمغرب ٤٧١/١)

٢ـ فى نسخة (ا): « مشترى »

٣ـ راجع ص : ٨ وما بعدها

ولا يلزم إذا كان رأس المال ثوباً [١] ؛ لأنه لا يمكنه إعلام قدره؛ لأنه غير مقدر.

ألا ترى أن المسلم فيه يتوزع على قدر قيمة الثوب. وهى لايدرى على الحقيقة. ولا يمكن ذكرها. ولو ذكرت قيمة الثوب التى جعلت رأس المال لم يتوزع المسلم فيه على ما ذكر. بل عند الحاجة يقوم ثانياً فيقسم عليها فسقط اعتباره بعذر العجز مع قيام علة الجواز رخصة، وهو الحاجة إلى بدل السلم مع عدم ما باع. فإنه ربما يحتاج إلى الثوب وربما يحتاج إلى الدراهم.

ولأن الثوب يندر هلاك بعضه دون بعضه أو فسخ العقد بسببه فى البعض. وفى الدراهم لا يندر كما ذكرنا: أن قليل الزيف يروج فيها، ويكون رد الزيوف بسبب الزيافة أمر ظاهر بين الناس، قل ما (يخلو) [٢] عنه أخذٌ وإعطاء.

فإن قيل: إن رد الزيوف يكون باختيار منه، فيضاف العجز إليه، فتكون جهالة طارئة بسبب رد الزيوف، وإنه لا يفسد العقد.

قلنا: لا اختيار له حكماً؛ لأنه لا يمكنه تركه إلا بترك حقه فى الجودة الثابتة بالعقد. ولما كان ذلك باستيفاء ماوجب بالعقد صار مقارناً حكماً؛ لأن السبب هو العقد.

وهذه العادة لا يمكن إثباتها فى المكيلات والموزنات؛ لأن العيب فيها مثل العيب فى الثياب لا يختلفان.

ولأن باب الربا يثبت بالشبهة فيثبت مع الشك.

١- احتراز عن كون رأس المال من الذرعيات كالثياب فإنه لا يشترط بيان الذرع فيها ولا بيان القيمة ويكتفى بالاشارة والتعيين. وذلك فى قولهم جميعاً. (بدائع الصنائع ٢٠١/٥ - ٢٠٢، وفتح القدير لابن الهمام ٢٢١/٦)

٢- المكتوب فى نسخة (ا) و (ب): « يخلوا » بزيادة الألف

والجواب ما ذكرنا: أن غير المثليات لا يمكن بيان أقدارها فسقط اعتباره بعدم الإمكان.

(وتعليلنا لبيان أن الإعلام شرط لا لبيان أنه لا يسقط بعدم الإمكان)[1] وكلامهما أقيس وأنور للقلب. وما ذهب إليه أبو حنيفة فيه بعض ظلمة وقد احتج أبو حنيفة فى الأصل لهذه الحجة[2]

☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١ـ مابين القوسين ساقط من نسخة (ب)

٢ـ راجع ص : ٤٠

مسألـــة

فصل في شرائط البقاء على الصحة

[الخلاف في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين الأجل]

إذ أسلم فيما ينقطع فلم يقبض حتى انقطع خُيِّر رَبُّ السلم[١]

وقال بعض الناس[٢] : يبطل السلم[٣] ؛ لأن المسلم فيه فى حكم مبيع عين والأوان بمنزلة الوجود. فيكون انقطاع الأوان بمنزلة الهلاك. وهذا بمنزلة من اشترى شيئاً بفلوس فكسدت قبل القبض. فإن البيع يبطل وإن كان الثمن ديناً ؛ لأن حياته[٤] فى رواجه فصار الكساد كالهلاك.

إلا أنا نقول: إن الأوان سبب لوجود الرطب عيناً يقبض، لا وصفاً فى الذمة؛ لأن الرطب سبب وجوده خلق الله النخلة مثمرة. وهذا الحكم من الله لم يتبدل. وسبب ثبوته فى الذمة العقد. وإنه لم يفسخ. والأوان سبب وجوده عيناً يقبض. فبانقطاع الأوان يتأخر القبض. فيصير كمن يشترى عبداً فيأبق[٥] قبل القبض بخلاف الفلوس تكسد. فإن الثابت فى الذمة فلوس. هى أثمان وسبب كينونتها أثماناً الاصطلاح على الرواج. وسبب الثبوت فى الذمة العقد. وإن لم يفسخ فقد ذهب الاصطلاح، فهلكت

١- أى أن المسلم فيه كان موجوداً عند العقد ودام وجوده إلى محل الأجل فحل الأجل فلم يقبضه المشترى حتى انقطع عن أيدى الناس. (بدائع الصنائع ٢١١/٥).

٢- وهو قول زفر ورواية عن عبيد الله بن الحسين الكرخى من الحنفية (فتح القدير لابن الهمام ٢١٤/٦ والكفاية ٢١٤/٦)
وهو أحد القولين عند الشافعية. والقول الآخر يتفق مع الأول) (راجع المهذب ٣٠٩/١ ومغنى المحتاج ١٠٦/٢)

٣- يرجع للمسألة إلى كل من بدائع الصنائع ٢١١/٥ وفتح القدير لابن الهمام ٢١٤/٦ والبحر الرائق ١٥٨/٦

٤- أى حياة الفلوس.

٥- سبق تعريف الإباق فى ١/ ٣١٨

الثمنية وفاتت لا أن تعذر القبض. فقبض الفلوس متيسر بعد الكساد. فكان كالشاة تموت. وكان القياس من مسألتنا أن لو بقى الاصطلاح على الرواج، ولكن عزّت الفلوس فلم توجد أعيانها التى يمكن قبضها.

☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆

مسألـــة

[الخلاف فى حكم عقد السلم إذا ظهر العيب فى رأس المال]

إذا أسلم عشرة دراهم فى كر[١] حنطة. وسلم الدراهم (وتفرقا)[٢] ثم وجد المسلم إليه بعضها زيفاً بعد المجلس فرد، بطل العقد بقدره قياساً. وهو قول زفر[٣]

وقال أبو يوسف ومحمد: لا يبطل إذا استرد فى مجلس الرد استحساناً.

وقال أبو حنيفة بالقياس فى الأكثر من النصف وفى الأقل بالاستحسان.

وعنه فى / النصف روايتان[٤] [٣٦٨/ب]

وجه القياس: أن الرد بحق الزيافة ينقض القبض من الأصل بدليل أنه يصح من غير قضاء ولا رضاء كالرد بخيار الشرط والرؤية، وهذا لأن حقه فى الجيد فى الذمة والزيف غير الجيد وصفاً فيصير إذا ادّعى الجيد منكراً قبض حقه. فيصير من المبيع كالرد بالعيب قبل القبض.

ألا ترى أنه إذا لم يسترد فى مجلس الرد بطل، ولو بقى القبض الأول لما بطل.

وكما قال أبو حنيفة فى الأكثر من النصف. ولما بطل القبض من الأصل بطل العقد بقدره كما لو تفرقا قبل قبض ذلك القدر. وكما لو وجد البعض مستحقاً واسترده صاحبه.

☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١- راجع لتعريف الكر ١ / ١٨٤
٢- غير موجود فى نسخة (ا)
٣- هو زفر بن الهذيل من تلامذة أبى حنيفة. سبقت ترجمته ١/ ١٧٤
٤- يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢٠٦/٥ والبحر الرئق ١٦٤/٦ وفتح القدير لابن الهمام ٢٢٢/٦.

مسألـــة

[تابعة لما قبلها]

ولهذا قلت: إن البائع إذا قبض الثمن وسلم السلعة ثم وجد الثمن زيفاً فرد، استرد المبيع كأنه لم يقبض الثمن أصلاً، والمشترى قبض المبيع بغير إذنه؛ لأن الإذن كان متعلقاً بقبض الثمن فانعدم بعدمه[١]

ووجه الاستحسان: إن الزيافة فى الدراهم عيب. والعيب لا يمنع صحة القبض وتمامَه كما لا يمنع صحة البيع وتمامه[٢]

ألا ترى أنه إذا اشترى شيئين وقبضهما ثم وجد بأحدهما عيباً ملك رد أحدهما ولو لم يتم لم يملك كما قبل القبض ومع خيار الشرط.

وكذلك لو تجوز به جاز ولو كان غير حقه لم يجز. ولما تم القبض مع العيب حصل التفرق بعد استيفاء موجب العقد فسقط اعتباره، إلا أنه بالرد يجب قبض مبتدأ لانتقاض الأول.

ولما وجب ثانياً بعد السقوط للحال وجب القبض فى مجلس الوجوب آخراً لا عبرة بمجلس العقد؛ لأن القبض الذى أوجبه العقد فيه قد استوفى وسقط اعتباره، فأشبه مالو زاد رب السلم فى رأس المال بعد التفرق فإنه يصح، ويقبض فى مجلس الزيادة بخلاف المستحقة؛ لأن الاستحقاق يمنع الملك والتمام ويوجب التوقف على الاجارة، فصار استيفاء حكم العقد من القبض فى المجلس موقوفاً على الاجارة كأصل الملك على أنه يتم استيفاء بالاجارة. ويمتنع تمامه بالردِّ كأصل الملك، لا أن

١- هذا وجه القياس كما هو الحال فى المسألة السابقة. راجع ص٤٧.أشار فى بدائع الصنائع إلى أنه قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله. (راجع ٢٠٥/٥).

٢- وهو قول أبى يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله
يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢٠٥/٥ والعناية ٢٢٢/٦ - ٢٢٣.

يرتفع بعد التمام.

وكذلك الثانى لا يجب ابتداء بعد التفرق بل يظهر وجوبه بزوال المانع، فيكون مضافاً إلى العقد. فيعتبر لصحة مجلس العقد كما لو وجد البعض رصاصاً أو ستوقة[١]

ولهذا قلنا نحن جميعاً إلا زفر: إن البائع إذا قبض الثمن وسلّم السلعة ثم وجد الثمن زيفاً فرد لم يبق له حق الاسترداد للمجلس. ولو وجده مستحقاً فردّ استرد المبيع؛ لأن الحق لم يسقط فى المستحق بل توقف حسب توقف حقه فى الثمن. وفى الزيف (تم)[٢] حقه وقبضه فى الثمن فسقط حقه فى الحبس فصار التسليم منه بعد ذلك تسليماً صحيحاً وإسقاطاً للحبس تاماً؛ (لأنه بناء على قبض الثمن. وإنه قبض تام. ولما كان إسقاطاً تاماً)[٣] لم يحتمل العود؛ لأن الاسقاطات لا تحتمل العود بعد التمام كالإبراء والطلاق ونحوهما. وأشبه ما إذا أعار البائع المشترى المبيع فقبضه. فإنه لا يعود فيه؛ لأن للمستعير يداً تامة.

ولأنه لا معاوضة بين قبض الثمن وقبض المبيع. وإنما المعاوضة بما ثبت بالعقد.

فأما إذا كان الثمن مستحقاً فالقبض موقوف. فتوقف التسليم بناء عليه[٤] وإذا لم يجز صاحبه ومنع بالرد تمام قبض الثمن فيمتنع تمام سقوط حق البائع فى الحبس. والإسقاط مما يرتد بعد التمام.

١- الستوقة: ما غلب عليه غشه من الدراهم. معرب.
قال فى المغرب (٣٨٢/١): « السَتُوق أردأ من البهرج. وعن الكرخى: الستوق عندهم ماكان الصفر أو النحاس هو الغالب الأكثر »
(لسان العرب ١٥٢/١٠ والمغرب ٣٨٢/١)
والبَهرَج: ردئ الفضة. (لسان العرب ٢١٦/٢ والمصابح المنير ٦٤/١).

٢- فى نسخة (ب): « ثم »

٣- مابين القوسين ساقط فى نسخة (ا)

٤- أى بناء على توقف القبض.

ألا ترى أن الإبراء يرتد بالرد ويمتنع بينونة الطلاق بالرجعة[١]

ولأبى حنيفة: أن القبض الثانى بعد الرد فيجب بالعقد لا بالرد؛ لأن الرد نقض القبض من الأصل على ما قاله زفر. والنقض لا يوجب قبضاً مبتدأ، فإنه ضده لكن ينعدم الموجود فيجب ما يجب بالعقد كأنه عقد ولم يقبض فيعتبر لصحته مجلس العقد لا مجلس الرد كما قاله زفر.

إلا أنا تركنا هذا القياس فى القليل دفعاً للحرج. فإن دراهم الناس لا تخلو عن قليل زيف. وإنما توقف عليها فى الأغلب بعد التفرق فلو أبطلنا السلم بحق الزيافة لضاق الأمر. والله ما جعل عليكم فى الدين من حرج[٢] ، فجوزنا دفعاً للضرورة. وهذه الضرورة معدومة فى الكثير؛ لأن أكثر الدراهم لا يكون زيفاً إلا نادراً.

وبخلاف المستحقة؛ لأن الاستحقاق قليله وكثيره مما يندر؛ فلا يؤدي القول بالقياس فيه إلى الحرج.

وبخلاف الزيادة[٣] ؛ لأنها تجب بالزيادة فيعتبر لقبضها مجلس. سبب وجوبها وهو الزيادة. لا أنهما استحسنا وجعلا مجلس الرد فى حكم مجلس الزيادة؛ لأن العقد قد استوفى قبضه بتمامه. والرد ثانياً جعل العقد موجباً آخر. فيصير الرد سبباً موجباً، وكعلة العلة[٤] ؛ لأن الرد نقض الأول. ثم العقد الماضى أوجب قبضاً آخر.

١- وذلك فى الطلاق الرجعى. راجع لتعريف الطلاق الرجعى ١/٣٧٩

٢- قال عزوجل فى كتابه الكريم: ﴿ هو اجتباكم وما جعل عليكم فىالدين من حرج.... الآية ﴾ سورة الحج - ٧٨
وقال أيضاً: ﴿ مايريد الله ليجعل عليكم من حرج ... الآية ﴾ سورة المائدة - ٦

٣- أى الزيادة فى رأس المال

٤- راجع لتعريف العلة ١/ ١٠٤

إلا أبا حنيفة لم يقل به؛ لأن السبب الموجب ما يوجب علة الحكم، والرد ليس يوجب قبضاً و لا سبب القبض. وهو العقد. ولكن عند الرد يصير السبب الموجود موجبا ،فيكون / كالشرط .

٣٦٩/أ

وصاحباه[١] أقام الشرط مقام العلة توسعة على الناس.

وللشروط حكم العلل فى كثير من المواضع[٢]

ولا يشكل وجه القياس بمسألة حبس المبيع الذى قلنا؛ لأنا عللنا لبيان أن القبض الثانى يجب بالعقد لا بالرد. وههنا المشترى يلزمه الثمن بالشراء لا بالرد.

ثم الجواب أن حق البائع بطل بالإذن المطلق من البائع بالقبض على ما قلنا، لا بقبض الثمن. حتى إذا قبض البائع الثمن وقبض المشترى المبيع بلا إذن البائع (ثم رد البائع)[٣] الدراهم بالزيافة، استرد المبيع. ولا يلزم إذا حلف: لا يفارق غريمه حتى يستوفى ما عليه، فاستوفى زيوفاً، ثم رد لم يحنث وإن كان فارقه؛ لأن تعليلنا لبيان أن الردّ نقضٌ من الأصل. وإن القبض الثانى يجب بالعقد لا بالرد، فيشترط فى مجلس العقد. وفى اليمين القبض الثانى يجب بسببه لا بالرد.

وهذا ليس من كفارة اليمين فى شيء. إنما الكفارة تجب بالمفارقة مع قيام

١ـ يعنى أبا يوسف ومحمد بن الحسن

٢ـ وذلك إذا لم تعارض الشرط علة صالحة لاضافة الحكم إليه كحفر البئر لموت إنسان سقط فيها. فى الحقيقة أن حفر البئر شرط والثقل (أو جاذبية الأرض) علة، والمشى سبب لكن الأرض كانت مانعة من السقوط. والحفر إزالة له، فكان شرطاً. لكن العلة لا تصلح لإضافة الحكم - وهو الضمان - إليها؛ لأن الثقل أمر طبيعى والمشى مباح فلا يصلحان للاضافة فيضاف إلى الشرط. (فتح الغفار ٧٤/٣ والمغنى للخبازى ص ٣٤٧) قال فى المغنى (ص ٣٤٧): « والشرط شبه بالعلل لما تعلق به من الوجود كما تعلق بها الوجوب. أقيم مقامها فى ضمان النفس والأموال. ».

٣ـ سقط فى نسخة (ا)

اليمين. ألا ترى أن اليمين لو كانت مؤقتة باليوم فمضى اليوم قبل الاستيفاء. ثم فارق لم تجب الكفارة لسقوط اليمين بالوقت وإن بقى حق الاستيفاء. فكذا ههنا، سقط اليمين بالقبض لما ذكرنا: أن الزيافة لم تمنع تمام القبض فلا يحنث، وإن عاد حق الاستيفاء بعد اليمين.

ولا يلزم الوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال الموكِّل ثم رد عليه بالزيافة، يعود مضموناً ولا يصير كأن لم يكن؛ لأنا لم نقل يصير بالرد كأن لم يكن لكن قلنا: « القبض الثانى يجب بالسبب الأول لا بالرد. وههنا يلزم الوكيل تسليم الثمن ثانياً بالشراء لا بالرد».

ثم الجواب أن شراء الوكيل يوجب للبائع عليه ثمناً كأنه اشترى لنفسه وله[1] على الموكِّل ثمناً كأنه باعه منه بعد الشراء لنفسه. وإنه بقضاء الثمن من مال الآمر يصير مقتضباً ماله على الآمر قاضياً ما عليه، فالقضاء وإن بطل برد المشترى، فالقضاء منه لا يبطل مالم يرد على البائع. فلذلك يبقى مضموناً. ولا يصير كأن لم يوجد القضاء أصلاً.

☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١- أى للوكيل

فصل في الصلح[١] عن السلم

[الخلاف في حكم صلح الكفيل بالسلم على رأس المال]

الكفيل[٢] بالسلم إذا صالح على رأس المال لم يجز إلا (بإجازة)[٣] المسلم إليه عندهما[٤]

وقال أبو يوسف: الصلح جائز فى حق الكفيل، باطل فى حق المسلم إليه إلا أن يجيزه. فيكون حق رب السلم قبل الكفيل فى رأس المال. وحق الكفيل قبل المسلم إليه فى السلم إلا أن ينوى ماعلى الكفيل فيعود حق رب السلم قبل الأصل[٥]

☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١- الصلح: هو عقد وضع لرفع المنازعة بالتراضى. سبق تعريفه لغة واصطلاحاً فى ١/ ٢٠٤

٢- الكفيل: هو من يقبل الكفالةَ وهو الضامن.
والكفالة: هى ضم ذمّةٍ إلى ذمّة فى حق المطالبة.
يقال: كَفَلَ عنه لغريمه بالمال أو بالنفس كَفَالَةً؛ ضَمِنَه وتكَفَلَ به وأكفلَه المال وكَفّلَه: ضَمِنَهُ.
ويقال للمرأة كفيل أيضاً.
(الصحاح ١٨١١/٥ ولسان العرب ٥٩٠/١١ والمغرب ٢٢٧/٢، والتعريفات للجرجانى ص ١٨٥ واللباب فى شرح الكتاب ١٥٣/٢ كنز الدقائق ٢٠٤/٦)

٣- المكتوب فى نسخة (ا) و (ب): « بإجارة» بالراء المهملة وهو سهو

٤- يعنى أبا حنيفة ومحمد رحمهما الله.

٥- يرجع أيضاً إلى المبسوط للسرخسى (١٤٦/١٢) وأشار فيه أن هذا الخلاف إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير. وأما إذا كان رأس المال عروضاً فلا خلاف فى عدم جواز الصلح.
نص قوله: « رجل أسلم إلى رجل فى طعام وأخذ منه كفيلاً بالمسلم فيه، ثم صالح الكفيل على رأس ماله، وذلك دين - فالصلح موقوف على إجازة المسلم إليه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى.
فإن اختار رد رأس المال جاز. وإن رد الصلح بطل. واسترد الكفيل دراهمه وطالب رب السلم بطعام السلم أيهما شاء.
وعند أبى يوسف: الصلح جائز بين الكفيل ورب السلم. ويرجع الكفيل على المسلم إليه بطعام السلم.
وهذا إذا كان رأس المال دراهم أو دنانير. فإن كان رأس المال عروضاً لا يجوز الصلح بالاتفاق... »

مسألـــة

[الخلاف فى حكم صلح أحد ربى السلم على رأس المال]

وكذلك رجلان أسلما في كر حنطة ثم صالح أحدهما على رأس المال لم يجز إلا بإجازة الآخر عندهما.

وقال أبو يوسف: هو جائز[١] على المصالح خاصة[٢] دون شريكه إلا أن ينوى حقه قبل المسلم إليه فى السلم فيرجع على الشريك، ويشاركه فى رأس المال. ويكون السلم أيضاً بينهما إن خرج يوماً من الدهر.

ولم يذكر فى الكتاب قول أبى يوسف فيما إذا أجاز الآخر ما حكمه ؟

احتج أبو يوسف بأن الصلح على رأس المال فى باب السلم بمنزلة الصلح على سائر الأبدال فى سائر الديون.

ثم الكفيل بسائر الديون يملك الصلح بسائر الأبدال مثل الأصيل وينفذ عليه خاصة. فكذلك الكفيل بالسلم يملك الصلح على رأس المال كالأصيل، وينفذ عليه خاصة. وهذا؛ لأن مالزم الكفيل لزمه بعقد الكفالة لا بعقد السلم.

والدين الواجب بغير السلم والصرف يقبل الصلح والاستبدال إلا أن رب السلم إنما يصالح عما وجب له بعقد السلم فلا يملك الاستبدال ويكون فسخاً ضرورة أنه عاقد السلم. فلذلك لا يملك إلا على رأس المال فيصح فسخاً فى حقه، استبدالاً فى حق الكفيل. ويصير الكفيل به كالكفيل بسائر الديون.

١- يرجع للمسألة إلى العناية ٤٠٦/٧ - ٤٠٧ والكفاية ٤٠٦/٧ - ٤٠٧ واللباب فى شرح الكتاب ١٦٩/٢ ومجمع الأنهر ٣١٨/٢ والمبسوط للسرخسى ١٤٧/١٢

٢- أى أن الصلح جائز بين المصالح والمسلم إليه

وهذا كالإقالة[1] فسخ فى حق المتعاقدين، بيع جديد فى حق ثالث.

وإذا صار كذلك لم يصر صلحه تصرفاً فى العقد، ولا فسخاً فى حق الكفيل، فلا يبقى للأصيل حق رد. وكذلك أحد ربى السلم إذا صالح على رأس المال نفذ عليه لما ذكرنا: أن الصلح عن السلم على رأس المال جائز كالصلح عن سائر الديون على سائر الأبدال. وأحد الشريكين فى سائر الديون لو صالح على بدل وقبض نفذ عليه. ولم يبطل برد صاحبه. فكذا هذا، إلا أن ينوي ما بقي على الغريم فللشريك الذي لم يصالح أن يرجع على المصالح فيكون المقبوض بينهما والباقى من الدين بينهما، فكذا هذا.

ولأن جعل الصلح ههنا فسخاً للعاقد، فلأحد الشريكين حق الفسخ على نصيبه كرجلين اشتريا عبداً ثم رد أحدهما نصيبه بالعيب أو بخيار الرؤية أو الشرط، صح إذا رضى البائع بلا خلاف، وهو فسخ.

ولا يقال: إن الفسخ فى باب السلم لا يحتمل العود إلى السلم. وههنا وإذا نوى ما على المسلم إليه شركة / الشريك فيما قبض والباقى من السلم يكون بينهما. وذلك، [٣٦٩/ب]

لأن الفسخ فى باب السلم لا يحتمل الارتداد إلى العقد كما ذكرت وقد نفذت الفسخ ههنا فى النصف ولا يرتد منه شئ. فأما أن يكون المقبوض من رأس المال خالصاً للمصالح والباقى للآخر. فباب آخر ليس من الفسخ فى شئ. ولكنه من باب قبض أحدهما بدلَ نصيبه من الدين. فإنما يسلم له بشرط سلامة مالم يقبض الآخر؛ لأنه أخذه صلحاً عن نصيبه من الدين حقيقة.

١- راجع لتعريف الإقالة ٣٣٩/١

وإنما كان فسخاً فى حق مابينه وبين المطلوب لضرورة أن الاستبدال بالسلم قبل القبض لا يجوز فجعل فسخاً ليجوز. وهذه الضرورة في حق ما بينهما لا فى حق ما بينه وبين شريكه من قبض أحدهما نصيبه أو بدل نصيبه؛ لأنه ليس بينهما عقد سلم. والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها. فبقى فى حق ما بينهما صلحاً كما قالاه[١] وأخذاً لبدل نصيبه[٢] من الدين، فيكون عود حقه فيما بقى بحكم أنه صلح كما فى سائر الديون لا بحكم أنه فسخ. إنما ذلك فى حق ما بينه وبين المسلم إليه وليس بعود الحق فى ذلك النصف الذى ثبت فسخاً فى حق المسلم إليه.

وكذلك لو قبض أحدهما نصيبه من السلم، واسلم له الشريك ذلك ثم نوى ماعلى المسلم إليه. (وليس نحو)[٣] كان المقبوض بينهما والباقى بينهما، فيعود حق إلى المسلم فيه بعد السقوط؛ لأن المقبوض لم يسلم له. فكذا ههنا إذا لم يسلم له المقبوض من بدل الصلح.

فاعتبر أبو يوسف فى المسألتين جميعاً جانب الدين الواجب بالعقد لا جانب العقد، وجعل الصلح صلحاً واستبدالاً إلا فى حق عاقدى السلم أو أحدهما. فإنه جعله فسخاً لضرورة أنه لا يجوز الاستبدال به قبل القبض فجعله فسخاً فى حق رب السلم فى مسألة الكفالة دون الكفيل. وجعله فسخاً فى المسألة الثانية فى حق الذي صالح والمسلم إليه دون حق الشريك.

ولهما: أن الصلح عن السلم على رأس المال فسخ؛ لأنه لا يجوز الاستبدال قبل القبض. وإنما حقه فى السلم بعينه أو رأس المال بالفسخ.

١- أى المصالح والمسلم إليه.
٢- الضمير يعود إلى الشريك المصالح
٣- غير موجود فى نسخة: (ا)

والفسخ تصرف فى عقد السلم برفعه. والكفيل أجنبى عنه. وإنما قام مقام الأصيل فى الواجب به، فلم ينفذ فسخه كمالم ينفذ فسخ الأجنبى وكما لو صرح بفسخ العقد وكما لو جاء الكفيل بثوب أجود من السلم وقال لرب السلم: « خذه وزدنى درهماً » لم يجز؛ لأنه تصرف فى العقد. وهو[1] أجنبى عنه بخلاف سائر الديون، فإنه جائز الاستبدال به قبل القبض، فيكون تصرفاً فى الواجب بالكفالة وهو قائم مقام الأصيل.

فأما قول أبى يوسف: « إنه صلح واستبدال فى حق الكفيل، فالجواب عنه: أن الكفيل مطالب بما وجب بعقد السلم لا بدين آخر. فإنه لو كان مطالباً بغيره لما صح؛ لأنه يكون بدلاً عن السلم، وإنه لا يجوز ولما صار مطالباً بعين السلم لم يملك الاستبدال عليه.

إن الكفالة ليست بسبب لوجود دين لم يكن. بل تزداد بها مطالبة بالدين الذى على الأصيل كما بالحوالة[2] لا يجب دين مبتدأ بل محول إلى ذمته عن الأول.

١ـ أى الكفيل

٢ـ الحَوالَة فى اللغة: من حَوّلتُه تَحويلاً: نَقَلتُه من موضع إلى موضع، وحَوّل هو تحويلاً وأَحَلتُ الشئَ إحَالَةً: نقلته أيضاً

والتّحويلُ: هو نقل شئ من محلٍ إلى آخر

والتّحَوُل: التنقل من مرضع إلى موضع آخر.

(الصحاح ١٦٧٩/٤ - ١٦٨٠ ولسان العرب ١٨٨/١١، ١٨٩ والمغرب ٢٣٥/١ والمصباح المنير ١٥٧/١)

وفى الشرع: هى نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى (عقود الجواهر المنيفة ٥٧/٢)

وبأوضح من ذلك هى: نقل المطالبة من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم (فتح القدير لابن الهمام ٣٤٦/٦)

أو هى: نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه.

(اللباب فى شرح الكتاب ١٦٠/٢ والكفاية ٣٤٦/٦ والتعريفات للجرجانى ص ٩٣)

المُحِيل: هو المديون

والمُحَالُ عليه: هو من يقبل الحوالة

والمُحَال: هو الدائن ويقال له أيضاً المحتال له.

والمُحَال به: هو المال.

(اللباب فى شرح الكتاب ١٦٠/٢ والمغرب ٢٣٥/١)

وإذا كان كذلك لم يكن ما يطالب (به الكفيل)[1] محتملاً للاستبدال وإن لم يكن عاقداً للسلم. وصار صلحه مثل صلح عاقد السلم.

ولأن الصلح فى باب السلم تبنى صحته على العقد دون السلم الواجب به - على ما نذكر فى المسألة الثانية - وإذا تبنى عليه لم يجز؛ لأن الكفالة لم تزد عقداً إنما زادت ضماناً.

وأما أحد ربى السلم إذا صالح عن نصيبه من رأس المال، فلما ذكرنا أنه فسخ للعقد وولاية هذا الفسخ تنشأ من العقد والعقد يثبت بهما، والولاية تثبت بتمامه. والتمام ثبت بهما فتنعدم الولاية بانعدام أحدهما كرجلين أعتقا أمة لم يملك أحدهما التزويج؛ لأن الولاية تثبت بالولاء. والولاء بكمال (الإعتاق)[2]. وكماله ثبت بهما فانعدم بانعدام أحدهما.

وكذلك كل حكم يثبت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام أحدهما.

وإنما قلنا: الولاية تثبت بالعقد؛ لأن الفسخ رفع للعقد. والعقد فى باب السلم أصل لوجود المسلم فيه؛ لأنه بالعقد يقبت ديناً في الذمة.

فكذلك فى الرفع يكون أصلاً لسقوط السلم بخلاف شراء العين فإن العين أصل لوجود العقد. فإن العين مالم تكن موجوداً لا يوجد العقد وإن تعاقدا، فكذلك عن الرفع تكون العين أصلاً لصحة الرفع عنه. وإذا كانت العين أصلا والعين مشتركة، ملك كل واحد الولاية بنصيبه؛ لأن نقض ملك الغير علة لنفاذ التصرف فيه من المالك، فكانت العلة تامة.

١- فى نسخة (ا): « الكفيل به »
٢- فى نسخة (ا): « العتاق »

فأما ههنا تثبت الولاية بالعقد. وقد ثبت بهما جميعاً، ولا (هو أيضاً)[١] شيء مشترك بينهما. بل هو علة وجوب الشركة فى السلم.

فاعتبر أبو حنيفة فى الفصلين جانب العقد، لا جانب الدين.

فما قال أبو يوسف ظاهر؛ لأن السلم دين كسائر الديون ومبيع حكماً كسائر الأعيان.

وما قاله أبو حنيفة / أدق فى الفرق بين هذا العقد وعقد البيع؛ لأنه جعل العقد [٣٧٠/أ] ههنا أصلاً، فجعل الكفيل أجنبياً عنه.

وكذلك أحد المتعاقدين أصلٌ لقبول البيع إذا كان عيناً، فمالم يوجد مملوكاً للبائع لا يصح. وإذا كان ديناً كان العقد أصلاً، والمبيع يجب به.

ألا ترى أنهم قالوا[٢] فى المبيع إذا فسخ أحدهما جاز.

✪✪✪✪✪✪✪✪✪

١- فى نسخة (ا): « أيضاً هو »

٢- أى محل اتفاقهم. (راجع أيضاً المبسوط ١٤٧/١٢)

فصل القبض

نذكره فى باب المرابحة[١]

وأما الإجارة، هى بيع المنفعة[٢] ، فنذكره فى كتاب الإجارات[٣].

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١- راجع ص : ٦٥
سبق تعريف المرابحة فى ٨٣/٢
٢- يأتى تعريفها أكثر تفصيلاً فى كتاب الإجارات ص : ٢٣٢
٣- راجع ص ٢٣٢

وأما الفصل الرابع

وهو الاستصناع[١]

قال أبو حنيفة: الاستصناع إذا ضُرِبَ فيه الأجل يصير سلماً ويعتبر فيه شرائط السلم وأحكامه.

وقالا [٢] : لا يصير سلماً إلا فيما لا يجوز فيه الاستصناع[٣] وذهبا إلى أن الاستصناع بيع عين تخرج من صناعة غير مضاف إلى الذمة[٤]

ألا ترى أنه اذا (خرج)[٥] كان له الخيار في السلم إذا رآه ولا خيار فى السلم إذا قبضه؛ لأنه بيع دين، وهذا بيع عين. لكن عين تستخرج عيناً لا عين موجود.

والأجل فى مثل هذا الباب يدخل لمنع العامل عن تأخير العمل عنها

١- الاستصناع: فى اللغة: من صَنَعَه يَصنَعُه صَنعاً: عمله
والاسم: الصِّنَاعَةُ والفاعل: صَانِعٌ
يقال: اسطَنَعَ فلانٌ خَاتماً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً.
واستَصنَعَ الشيءَ: دعا إلى صنعه
والصَّنعَة: عمل الصانع.
(الصحاح ١٢٤٥/٣ - ١٢٤٦، ولسان العرب ٢٠٨/٨ - ٢٠٩ والمغرب ٤٨٤/١ - ٤٨٥)
وفى الشرع: هو عقد مقاولة مع صاحب الصنعة على أن يعمل شيئاً.
(شرح المجلة ص ٦٩، المادة: ١٢٤)
قال ابن الهمام فى فتح القدير (٢٤١/٦ - ٢٤٢): « الاستصناع: طلب الصنعة وهو: أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أوانى الصفر: اصنع لى خفاً طوله كذا وسعته كذا، أو دستاً - أى برمة - تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا، ويعطى الثمن المسمى أولا يعطى شيئاً، فيعقد الآخر معه » ونحوه فى العناية (٢٤١/٦) والبحر الرائق (١٧٠/٦)
يسمى فى عقد الاستصناع العامل: صانعاً، والمشترى: مستصنِعاً والشيء: مصنوعاً. (شرح المجلة: ص ٦٩)

٢- يعنى أبا يوسف ومحمد بن الحسن

٣- أى لا يتعامل الناس فيه بعقد الاستصناع (العناية ٢٤٤/٦ والبحر الرائق ١٧١/٦)

٤- يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢١٠/٥ والكفاية ٢٤٤/٦ والعناية ٢٤٤/٦ والبحر الرائق ١٧١/٦ والمبسوط ١٣٩/١٢.

٥- ساقط فى نسخة (ب)

والتعجيل فى المدة لا تأخير العمل عن الحال. وكيف يؤخر ؟ وليس فى الذمة مبيع واجب بهذا العقد. وإنما الواجب هو العمل. والمدة شرطت لتحصيل العمل فى المدة لا لتأخيرها عنها. هذا هو التفاوت من الشرط. وإذا كان للتعجيل من حيث منعه عن التأخير عن المدة والاستصناع لولا الأجل كان صحيحاً ويوجب التسليم للحال، ويمنع عن التأخير (عن المدة)[1] فكان الشرط على موافقة موجبه، فلا يوجب تغيير حكمه بخلاف الاستصناع فيما لا يجوز؛ لأنه لولا الأجل لفسد. فلم يكن إثبات الأجل على موافقة حكم العقد استصناعاً، ولا حكم له، فاعتُبِرَ حكم الأجل منه بنفسه. وإنه للتأخير عن مطالبتها فى الذمة. ولن يثبت ذلك إلا إذا جُعِلَ الاستصناع كنايةً عن بيع مافى الذمة سلماً فجعل كذلك.

ولأبى حنيفة: أن الحق المستصنَع مبيع لا محالة؛ لأنه يتملكه بدراهم سماها. والحق المقابل بالدراهم مبيع.

وقال محمد: إذا رآه المصنع كان بالخيار[2] ؛ لأنه اشترى مالم يره.

وإنما سمى استصناعاً ؛ لأن المقصود حق يخرج من صنعة، ولا نفس الصنعة. بل هى صفة للعين. فكان الموصوف أولى بأن يجعل مبيعاً من الوصف. ومبيع غير عين مؤجل سلم. فيجعل الاستصناع كناية عن السلم؛ لأن الأجل لا يليق إلا به[3] والاستصناع يصلح كناية عنه كالاستصباغ[4] فى الثوب اذا ضرب فيه الأجل.

١- غير موجود فى نسخة (ا)
٢- أي يثبت للمستصنع - وهو المشترى - خيار الرؤية إذا رأى المستصنَع - وهو المال -
٣- أى بالسلم
٤- استفعال من صَبَغَ الثوبَ ويَصبَغُه صبغاً: هو أن يطلب رجلاً أن يصبغ له شيئاً. (لسان العرب ٤٣٧/٨ والمغرب ٤٦٦/١)

وكذلك المضاربة[١] بشرط أن يكون الربح كله لرب المال تكون إبضاعاً[٢] وإذا شرط الربح كله للمضارب كان إقراضاً ؛ لأنه لا يليق إلا به.

ودل عليه: أن القياس أن (لا)[٣] يجوز الاستصناع وأنه أفسد من السلم حتى جاز السلم في كل شيء يعلم بالوصف. والاستصناع لا يجوز إلا بما جرى التعامل به ضرورة. فيجعل جوازه سلماً أصلاً ما أمكن.

وإذا لم يكن جعل استصناعاً ، لا أن يجعل الاستصناع أصلاً فإذا لم يكن جوز سلماً.

☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١ـ راجع لتعريف المضاربة ١/ ١٨٢، ٢/ ٢٧ ، ٣/ ٢٧١

٢ـ الإبضاع: هو إعطاء رجل لآخر رأس مال على أن الربح كله له.
فرأس المال: البِضَاعَة، والمعطى: المُبضِع، والآخذ: المستبضِع
يقال: أبضعهُ البِضَاعَةَ: أعطاه إياها. وابتَضَعَ منه: أخذ. (لسان العرب ٨/١٥ والمغرب ١/٧٦ - ٧٧ وشرح المجلة ص ٥٩٦)

٣ـ ساقط في نسخة (ب)

فصل أنواع البدل

فصل المرابحة[١]

منه: مسألة

[الخلاف فى حكم بيع أحد الثوبين المشتريين بصفقة واحدة]

إذا أسلم عشرة دراهم فى ثوبين بصفقة واحدة وقبضهما كره له أن يبيع أحدهما مرابحة على خمسة عند أبى حنيفة.

وقال صاحباه: لا يكره؛ لأن حصة كل واحد من الثوبين بحكم العقد (خمسة)[٢] بالعدد دون التقويم بدلالة جواز السلم فيها[٣].

ولو انقسم الثمن بالقيمة لما جاز عند أبى حنيفة كما لو كانا مختلفين.

وبدلالة: أنهما لو تقايلا فى أحدهما العقد رد خمسة. وكذلك الرد بالعيب لا تقويم فوجب أن يملك بيع أحدهما مرابحة على خمسة قياساً على ما إذا اشترى كرى حنطة بعشرة، وقبضهما، فله أن يبيع أحدهما مرابحة على خمسة[٤].

وكذلك لو سمى لكل ثوب خمسة والمسألة بحالها؛ لأن انقسام الثمن على المبيعين متى كان بالعددين المتساويين جرى فى إطلاق بيع المرابحة على ما انقسم عليه مجرى الانقسام بالتسمية كما فى المثليات.

١- المُرَابَحَة: هى البيع بالثمن الأول وزيادة ربح
يقال: بعته المتاع واشتريته منه مُرَابَحَةً: إذا سميت لكل قدر من الثمن ربحاً. (لسان العرب ٤٤٢/٢، والمصباح المنير ٢١٥/١)
وتحفة الفقهاء ١٠٥/٢ والكفاية ٤٥٥/٥ وراجع أيضاً ١/ ٨٣

٢- فى نسخة (ب): « خمسته »

٣- يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢٢١/٥

٤- راجع أيضاً بدائع الصنائع ٢٢١/٥

ولأبى حنيفة: أن (لقبض)[١] السلم شبهة تجديد العقد فى حق المسلم إليه. ولو تجدد العقد على الثوبين بعشرة ما جاز بيع أحدهما مرابحة. فكذا إذا ثبت شبهة التجدّد، لأن الشبهة تمنع المرابحة كالحقيقة. ألا ترى أنه لو أخذ ثوباً صلحاً على عشرة دراهم لم يملك أن يبيعه مرابحة على عشرة إلا بعد البيان؛ لأن فى الصلح شبهة الحط. وفى النّساء شبهة الزيادة[٢] فاعتبر بحقيقة الزيادة فى النساء. كان بعض الثمن بإزاء الأجل لا بالمبيع، فلم يجز. وتحقيقه الحط فى الصلح، كأنه أخذه بتسعة وحط درهماً، ولم يكن ثمناً. وإن لم يثبت حطٌّ ولا زيادة حقيقة، فإن الثوب فى الحالين مأخوذ بعشرة، لوردّ بالعيب لردّ بعشرة.

ولو تقايلا عاد / بالعشرة[٣] . وكذلك مسائل أخر تدل عليه. [٣٧٠/ب]

والدليل على شبهة التجدد فى مسألتنا: أن ملك رب السلم دين فى الذمة. والذى يقبضه عين هو ملكٌ للمطلوب (فكان)[٤] غيره[٥] ذاتاً وحكماً كماإذا اشترى كُراً بعينه ثم جاء بكرٍّ آخر، فإن الثانى لا يصير له بنفس العقد إلا بأن تجدد على الثانى. فكذلك هذا، لا يجوز أن يصير له بدلاً عن الدين؛ لأن الاستبدال به لا يجوز. ومتى أخذه بدلاً عن الحنطة لا يملك أن يبيع مرابحة على الدراهم. ولا يصير له بنفس العقد مالم يجدّد عليه. ويجعل داخلاً تحت العقد للحال. ومالمبيع صورة سوى أن يكون عيناً للبائع يملك عليه بدراهم. وقد تصور مثله فى تسليم ما عليه السلم.

١ـ فى نسخت (ب): « القبض »
٢ـ بسبب دخول الأجل
٣ـ لتقرر العشرة ثمناً
٤ـ فى نسخة (ب): « فكانا »
٥ـ أى فكان المقبوض غير الدين الثابت فى الذمة

إلا أن الشرع جعل تسليماً لما (عليه)[١] وطريقاً إلى إيفاء دين يجوز الاستبدال به. ولما صار إيفاءً (حكماً وضروةً)[٢] ؛ لأن الدين لا يستوفى إلا بعين مبيع كونه استيفاء ثبوت حكم العقد الجديد، فثبتت الشبهة؛ لأن حد الشبهة الشرعية [٣] : قيام العلة صحيحةَ بلا عملٍ لمانعٍ اتّصل به، كما فى الصلح والنسيئة. فإن الصلح للحط إلا أن تسمية كل العشرة بثوب منع الصلح عن ثبوت حكم الحط فثبتت الشبهة.

وكذلك مبنى النسيئة على أن الزيادة لمعنى الأجل إلا أن التسمية بإزاء الثوب منع الانقسام على الأجل. فثبتت شبهة الانقسام. وأن يكون بعض الثمن بإزاء الأجل دون الثوب، فمنع بيع المرابحة كالحقيقة.

ولم يظهر فى الإقالة والرد بالعيب. فكذا هذا، على أن مسألة الرد بالعيب لا يتصور فيما نحن فيه؛ لأن السلم متى رد بعيب وجب الرجوع بثوب آخر لا برأس المال.

وقد قال محمد بن الحسن فى الجامع [٤] : « إذا أسلم عشرة دراهم فى كر حنطة ثم باع من المطلوب كرّاً بخمسين درهماً، وحل كر السلم، فأراد أن يقبضه بكر السلم لم يكن له ذلك »

قال: لأنه اشترى ماباع بأقل مما باع قبل (نقد)[٥] الثمن وهو لم يشتر حقيقة بعد البيع وإنما قبض. ومحمد سماه شراء؛ لأن شراء ماباع بأقل رباً. والربا

١ـ فى نسخة (ب): « عيه »
٢ـ فى نسخة (ب): « وضرورة حكماً »
٣ـ وأما الشُبهةُ فى اللغة: فهى بمعنى الالتباس مأخوذة من شبهِ وشَبَهِ (الصحاح ٦/٢٢٣٦ ولسان العرب ١٣/٥٠٤)
٤ـ راجع الجامع الكبير ص : ٢٥٥
٥ـ فى نسخة (ا): « بعد »

حرام بشبهة المحرم كما تثبت حقيقته على ما ذكرنا فى مسائل ربا الفضل[١] . فصار لقبض الثمن حكم الشراء فى تحريم الربا.

وكذا فى بيع المرابحة ومتى أنكر هذا لم يكن بدّ من تجويز هذا الاستيفاء.

فإن قيل: إن العقد إذا أوجب القسمة على وجه لم ينفسخ بتفاوته يحصل عند القبض، كما إذا اشترى جاريتين قيمتهما سواء بألف. ثم ازدادت إحداهما ثم قبض لم ينفسخ القسمة على التساوى. فكذلك فى مسألتنا هذه، وإذا لم يفسخ بقى على ما قبل القسمة، وقبل القسمة كان الانقسام بالعدد دون القيمة.

والجواب عنه: أن الانفساخ ليس بالقبض، ولكن بشبهة العقد.

العقد الجديد أوجب شبهة الانفساخ. وليس فى المعنيين شبهة تجدد العقد فى حق مقابلة الثمن؛ لأن المقابلة بازاء القائم عند العقد.

وما يزداد أمانة لا ينقلب مضموناً إلا بقبض يرد على الزيادة منفصلة عن الأصل.

لا تبعاً للأصل على ما هو الأصل عندنا فى الزوائد

وإذا كان هكذا صار هدراً فى حق القسمة حتى إذا ولدت المبيعة قبل القبض ثم قبضا انتسخت القسمة؛ لأن الولد صار مقصوداً بنفسه مبيعاً بالقبض بحق العقد منفصلا عن الأصل. ولما صار مقصوداً مبيعاً، ولم يكن العقد تناوله حتى وقع، ولا كان استيفاء لما ورد عليه العقد. صار عقداً فى حقيقته صورةً وحكماً.

وفى مسألتنا هذه قبض كذلك مالم يتناوله العقد بذاته.

كذلك قبضا مقصوداً بنفسه، فأشبه الولد. ولكن لما كان استيفاء حكماً -

١- راجع : ١/ ١٨٠

والاستيفاء يكون بعين الواجب لا غيره - منع انعقاد جديد العقد حكماً. و (ثبتت)[١] الشبهة بقيام صورة المبيع الجديد في الثوب العين.

فإن قيل: هذا التفاوت الحاصل بين الثوبين هدر في حق المقابلة؛ لأن المستحق بالعقد ثوبان، لا تفاوت بينهما بوجه. ولكن (لعدم)[٢] الامكان جوز مع التفاوت الذى لا يمكن الاحتراز عنه. فأشبه تفاوت الأمتين قيمة بعد العقد.

فإنه لما هدر اعتباره بدليل ذكرته لم تغير القسمة بخلاف رجلين اشتريا داراً بألف وأقسما، لم يملك أحدهما بيع نصيبه مرابحة على خمسمائة لا لتفاوت ثبت بينهما؛ لأن المانع ليس هو التفاوت، فإنه هدر كما ههنا في حق مقابلة الثمن.

ولكن لما أن للقسمة فيما لا يكال ولا يوزن و (لا يعادّ)[٣] عدداً شبهة مبادلة جديدة فمنع بيع المرابحة كالحقيقة.

قلنا: هذا التفاوت لا يجب أن يلغى؛ لأنه مستحق بالعقد. فإن السلم أوجب لرب السلم ثوبين في حال الدّينيّة / والعينية فإنهما دين قبل القبض وعين بعده، وهو عين المعقود عليه حكماً لا غيره.

وكل حال موجب العقد نفسه لا غيره والقسمة على التساوى لم يكن بالتسمية. ولكن بتساوى الثوبين ديناً.

فإذا جاء التفاضل وهو مستحق بالعقد ابتداء في حق العين وجب ببدل القسمة إلى الحرز[٤] والظن، فإن لم تثبت كذلك حقيقته لما أنه استيفاء (ثبتت)[٥]

١ـ المكتوب في نسخة (ا) و (ب): « ثبت »
٢ـ في نسخة (ا): « بعدم »
٣ـ في نسخة (ب): « لا يعدّ »
٤ـ الحَرزُ: التقدير بالحَدس وهو الظن والتخمين
يقال: حَرَزَ الشئَ يَحزُرُه حَزراً: إذا قدّره بالحدس.
تقول: أنا أحزِرُ هذا الطعام كذا وكذا قفيزاً. (لسان العرب ١٨٥/٤ ومادة حدس ٤٧/٦)
٥ـ في نسخة (ب): " ثبت "

الشبهة بخلاف الأمتين؛ / لأن الزيادة حدثت غير مضمونة على ما عرف، فلا تنقلب [٣٧١/أ]
مضمونة إلا بقبض مقصود له، ولم يوجد. وههنا التبدل حصل فى نفس الذات، والقبض ورد عليه مقصوداً، فهذا مذل القدم. فإن السلم فى حكم العين؛ لأنه مبيع. وإنما يتحقق عيناً بالقبض الذى لا يصح على طريق الاستبدال فلم تتبدل القمسة، و (لا يأخذ)[١] شبهة التبدل بزيادة تحصل بعد القبض متصلة بالأصل لما كان حقيقة مثله لا يوجب تبدلاً.

فأما (لا إشكال)[٢] أن لقبض السلم شبهة عقد جديد على ما قاله محمد فى مسألة: شراء ماباع بأقل مما باع، ولكن العقد الجديد لا يوجب تبديل القسمة بتفاوت يكون عند القبض دون العقد. وهذا بمنزلته؛ لأن السلم ما انتسخ بوجه ولا أخذ شبهةَ الانتساخ. فإن الانتفاء يؤكد العقد ولا يوهنه.

والجواب: أنه من حيث قبض يؤكِّده ومن حيث أنه غير ما تناوله العقد يوجب نقل العقد إليه ابتداء. ورفع الأول فأوجب الشبهة إن لم يعمل.

فإن قيل فى باب رأس المال إذا قبض رب السلم ثم تفاسخا: لم يلزمه رد رأس المال، ولا يجوز الاستبدال به كما فى جانب السلم.

قلنا: إنه ليس بإشكال المسألة، فإنه اجماع فى السلم أنه يقبض عينه حتى لو تقايلا رده بعينه. ولو كان غير الأول لما جاز أن يبيعه مرابحة على خمسة؛ لأن رأس ماله ثوب كان فى الذمة.

١- فى نسخة (ب): « لم يأخذ ». الضمير يعود إلى السلم
٢- فى نسخة (ب): « الإشكال »

وذكر محمد بن الحسن فى الزيادات: « لو أخذ الكفار منا ألف درهم بنقد بيت المال وأحرزوه بدراهم ثم دخل إليهم مسلم واشتراها بألف غلة وقبض وخرج بها إلينا أخذها رب المال بألفٍ غلة؛ لأنه مفيد، ولولا أنه قبض عين الواجب وإلا لما أخذ منه كما إذا باع المسلم ثوباً بألف درهم بعد بيت المال ثم قبض هذه الألف لم يكن للمأخوذ منه عليها سبيل؛ لأنه ماقبض عين الواجب المقابل بالثوب بل قبض مثله ومثله ألف نقد بيت المال (فصار كما لو اشترى بألف نقد بيت المال)[١] فلا يكون للمأخوذ منه عليها سبيل؛ لأنه مالا يفيد، فثبت أنه لا خلاف فى هذا القدر.

وإن مسألة الإقالة إشكال على الكل. وهذا، لأن سبيل الأثمان عندنا :أنها لا تتعين بعقد عوض ولا بالقبض مستحقاً بالعقد.

فإن (الأثمان)[٢] تقبض بأمثالها عندنا إلا أنا أثبتنا حكم التعين فى تجويز الصرف ضرورة أنه لا يصح إلا به، فلم يجب التعيين فى حق الإقالة.

فأما الثوب متى عين بعين مطلقاً، وقد عين بالقبض بعقد السلم فتعين مطلقاً، فظهر من كل وجه تعينه. فثبت أنه لا خلاف فى أن قبض السلم ليس بعقد جديد حقيقة، ولا يقبض لغير المعقود عليه. والعقد الأول إنما يتناولها حقيقة حال القبض. إلا أن أبا حنيفة اعتبر التفاضل فيما بينهما فى حق المرابحة للشبهة

وهما أهدرا[٣] ؛ لأنه حادث بعد العقد حكماً.

☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١ـ مابين القوسين غير موجود فى نسخة (ا)
٢ـ فى نسخة (ب): « الأمثال »
٣ـ أى أهدرا هذا الفضل

مسألـــة

[الخلاف فى بيع ثوبٍ اشترى بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشتراه بعشرة مرابحة على عشرة]

إذا اشترى ثوباً بعشرة ثم باعه بخمسة عشر. ثم اشتراه بعشرة لم يبع مرابحة على عشرة إلا أن يبين الأمر على وجهه[١] عند أبى حنيفة.

وعندهما: له ذلك[٢] ؛ لأنه لو اشتراه منه بلا ربح لباعه مرابحة. فكذلك بالربح.

دليلها:لو باعه بثوب يساوى خمسة عشر ثم اشتراه منه بعشرة وكذلك لو باعه الثانى ثم اشتراه ثم باعه من الأول بعشرة. وهذا؛ لأن الربح مال استفاده بالشراء الأول. وهذا الثانى غير الأول ولا اتصال بينهما بوجهٍ، فلا يعتبر ذلك الثمن في هذا بوجه. أرأيت لو باع أول مرة بعشرين ثم اشتراه بعشرة (لا يبيع مرابحة على شئ. أرأيت لو وهب لرجل ثوباً فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة)[٣] ألا يبيع مرابحة على ما اشترى. والعشرة أول مرة كلها ربح.

ولأبى حنيفة: أن المشترى بالشراء الثانى استفاد ملك الثوب وتأكد الربح فى الشراء الأول؛ لأن ذلك الربح كان بعرض السقوط لكون سببه بعرض أن يفسخ بسبب ما. وبالشراء الثانى صار بحيث لا يحتمل الفسخ كالمهر قبل الدخول قبل قبض المرأة بعرض السقوط ويتأكد بالدخول ضرب تأكد بأن يصير بحيث لا يحتمل

١- مثل أن يقول: هذا الثوب كنت بعته فربحت فيه خمسة ثم اشتريته بعشرة وأنا أبيعه بربح كذا على هذه العشرة

٢- أى له أن يبيع مرابحة على الثمن الأخير. (الهداية ١٢٧/٦) يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢٢٤/٥ وفتح القدير لابن الهمام ١٢٧/٦ والبحر الرائق ١١١/٦ ومجمع الأنهر ٧٦/٢ - ٧٧

٣- مابين القوسين غير موجود فى نسخة (ا)

الفسخ. وللتأكد شبهة المللك. وللشبهة حكم الحقيقة فى المنع من بيع المرابحة على مامر[١]وأشبه مالو اشترى من مكاتبه[٢] شيئاً كان المكاتب اشتراه، فإنه لا بيع مرابحة إلا على أقل الثمنين. وإن صح شراء الثانى وثبت ثمنه؛ لأن فيه شبهة الفساد من حيث أن شراء الأول من المكاتب كان فيه شبهة الوقوع للمولى. فجعلنا الشبهة كالحقيقة فى المنع من بيع المرابحة فجعلنا كأن الثابت أحد الشراءين الذى هو أقل ثمناً.

ولو اشترى (الثوب)[٣] وخمسة دراهم بعشرة لم يبع الثوب مرابحة فكذا هذا.

ولا يلزم إذا اختلف جنس الثمن[٤] ؛ لأن الربح لا يظهر إلا بعد التقوم والعقد يتعلق بالعين المتقوم لا بقدر القيمة. فلا يجب التقويم بحق العقد. وإذا لم يجب لم يظهر الفضل والربح.

فأما إذا اتفق الثمن فالزيادة تظهر بالذات، والتسمية وهى موجودة.

وهذا كما قلنا: إن شراء ماباع بأقل مماباع قبل نقد الثمن لا يجوز ويكون رباً.

وإذا اختلف جنس/الثمن جاز؛ لأن الأقل لا يظهر قبل التقويم، ولا تقويم بحكم العقد [٣٧١/ب]

ولا يلزم[٥] إذا تخلل ملك ثالث؛ لأن الربح قد تأكد بالملك الثابت؛ لأنه لا

١- راجع ص :٦٧

٢- راجع لتعريف المكاتب ٩٠/١

٣- فى نسخة (ب): « ثوباً »

٤- احتراز عن اختلاف جنس الثمن الأول والثانى؛ لأنه إذا اختلف جنس الثمن فإنه يبيعه مرابحة على عشرة. (راجع أيضاً البحر الرائق ١١١/٦

٥- احتراز عن تخلل ملك ثالث بأن باع المشترى الثانى من رجل غير البائع الأول ثم اشترى منه البائع الأول فله أن يبيع الثوب مرابحة على ثمنه الأخير. (الكفاية ١٢٨/٦)

يحتمل الفسخ على تلك الحالة.

فأما إذا اشترى بعشرة وباع بعشرين ثم اشترى بعشرة ماينبغى أن يبيع مرابحة على أصل أبى حنيفة[١]

وأما إذا وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة فلا رواية عن أبى حنيفة فيه.

ومحمد قد يستشهد بالمختلف فيه لنفسه ولخصمه. وإنه جائز على طريق أن الخصم متى لم يسلم نقل الكلام إليه لزيادة وضوح فيه

ثم يقال لهما: أرأيت المكاتب إذا وهب له ثوب ثم اشتراه المولى بعشرة أيبيع مرابحة. فإن قالوا: لا؛ لأن الثمن كله ربح. كذلك نقول ههنا.

وإن قالا: نعم، وقد ثبت أنه لو اشتراه بخمسة ثم باع من المولى بعشرة لم يبع المولى مرابحة إلا على خمسة كان الفرق بين الهبة والربح بالاجماع، فلا يلزم أبا حنيفة الخروج عنه.

ووجه الفرق: أن الربح من الهبة غير الهبة لا بدله. وإذا باع الهبة بعشرة ثم اشتراه بعشرة فما ربح شيئاً سوى تأكد ملكه فى الهبة بأن انقطع الرجوع. وذلك التأكد كان بالبيع لا بالشراء.

☆☆☆☆☆☆☆☆☆☆

١ـ ذلك مقيد بعدم البيان كما فى المسألة الأولى، أما إذا بين فيجوز. محل الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه أبى يوسف ومحمد عند عدم البيان. (فتح القدير لابن الهمام ١٢٧/٦ والبحر الرائق ١١١/٦).

مسـألـة

[الخلاف فى حكم البيع بالمرابحة فيما اشتراه ممن لا يجوز شهادته له]

إذا اشترى ثوباً ممن لا يجوز شهادته له[١] (أم)[٢] أن البائع اشتراه لم يبع مرابحة إلا على أقل الثمنين. كما لو اشترى من مكاتبه.

وقال صاحباه: يبيع مرابحة على ما اشترى[٣] ؛ لأن البيع الثانى يثبت من كل وجه. فثبت ضمانه (من كل وجه)[٤] أيضاً بلا شبهة.

وإنما قلنا ذلك؛ لأن المشترى ماله حق ملك فى مااشترى قبل الشراء ليأخذ الثانى شبهة الفساد والسقوط. ألا ترى أنه لو كانت أمة حل للمشترى قبل الشراء (أن يتزوجها)[٥] بخلاف الشراء من المكاتب؛ لأن له حق ملك فى ماله حتى لا يحل له ان يتزوج أمته فيكون الشراء على هذا الوجه فاسداً.

فإن لم يعمل به أخذ شبهة لمنع بيع المرابحة الا على أقل الثمنين؛ لأن احدهما صحيح له، اعتبر بالعبد المأذون فالأول (صحيح)[٦] وإن اعتبر بالحر فالثانى (صحيح)[٧]

ولأبى حنيفة: أن زيادة الثمن فى البيع الثانى احتمل إن كانت بسبب الوصلة التى بينهما. فبينهما من الوصلة ما يمنع المماكسة لاتصال المنافع بينهما. وهذه

١ـ كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة
٢ـ فى نسخة (ب): « و »
٣ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢٢٥/٥
٤ـ فى نسخة (ب) : « من كل من وجه »
٥ـ فى نسخة (ا): « أن يُزوجها »
٦ـ غير موجود فى نسخة (ا)
٧ـ غير موجود فى نسخة (ا).

زيادة لا تكون من التجارة فى شئ، فيصير بمنزلة شراء الشئ نساً. فإنه لا يبيع مرابحة على ما (اشتراه)[1] إلا ببيان لزيادة حصلت من قبل النساء. وإنه يصار إليه للعجز عن النقد للحال. وما يصار إليه للعجز لا يكون من التجارة. وكذلك الثوب الصلح عن عشرة لا يباع مرابحة ليمكن شبهة الحط فى الصلح. وإنه حط ليس من التجارة. فالصلح لا يصار إليه إلا للعجز أو الكرم وماهما من باب التجارة فى شئ. فكذلك الزيادة لصلة القرابة ليست من التجارة فى شيء.

☆☆☆☆☆☆☆

١ـ في نسخة (ا): « اشترى »

مسـألـة

[الخلاف فى البيع مرابحة أحد الثياب المشتوبة بصفقة واحدة]

إذا اشترى جراب هروى[١] كل ثوب بعشرة ثم أراد أن يبيع أحدهما مرابحة على عشرة كان له ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف.

وقال محمد: ليس له ذلك إلا أن يبين[٢] قال محمد: لأن العرف بين التجار البيع كذلك[٣] مع كون الثياب متفاوتة فى أنفسها قصداً إلى ترويج الردئ بالجيد. فيتمكن شبهة الزيادة فى الردئ لمكان الجيد، لا لنفسه. فإذا باع وحده كره كما فى الثوب يأخذه صلحاً أو يشتريه نساً.

ولهما: أن هذه الشبهة التى اعتبرها محمد شبهة زيادة هى من التجارة والربح بهذا يحصل بين الناس. فان الحاذق منهم يبيع بزيادة لا يقدر عليه الأحرف من غير جناية.

ثم لا تمنع زيادة فى الثمن حصلت برفق البائع وحذقه من بيع المرابحة عليه، فكذا.

فأما الوجوه (التى)[٤] اعتبرها فزوائد لا من حيث التجارة لكن بضدها فأخذ زيادة تكون من قبل الجناية. فإذا أسقط اعتبار هذه الشبهة باعه مرابحة كمالو تفرقت الصفقةفاشترى كل ثوب بعشرة بعقد على حدة.

١- الجراب الهروى: سبق ذكره فى ١/ ٢٣٢، ١٧١

٢- يرجع للمسألة إلى المبسوط ٨١/١٣.

٣- أى البيع بضم الجيد إلى الردئ لترغيب المشترى فى شراء الردئ لماله من المقصود فى الجيد. (راجع أيضاً المبسوط ٨١/١٣)

٤- فى نسخة (ب): « الذى »

مسألـــة

[الخلاف فى حكم بيع المرابحة الذى خالف البائع فى خبر ثمن شرائه]

إذا اشترى ثوباً بعشرة ثم باعه مرابحة على ما اشترى وذكر أنه أحد عشر. قال أبو حنيفة ومحمد: يخير المشترى إذا علم بين الإجازة والرد[١]

وقال أبو يوسف: يحط الدرهم[٢]

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١- لأن المرابحة عقد بنى على الأمانة، والمشترى يعتمد البائع ويأتمنه فى الخبر عن الثمن الأول، فكانت الأمانة مطلوبة فى هذا العقد فكانت صيانته عن الخيانة مشروطة دلالة، ففواتها يوجب الخيار كفوات السلامة عن العيب اذا وجد المشترى المبيع معيباً. (بدائع الصنائع ٥/٢٢٥، ٢٢٦).

٢- وجه قوله: أن الثمن الأول أصل فى بيع المرابحة، فإذا ظهرت الخيانة تبين أن تسمية قدر الخيانة لم تصح، فلغت تسميته. وبقى العقد لازماً بالثمن الباقى. (بدائع الصنائع ٥/٢٢٦)

يرجع للمسألة أيضاً إلى فتح القدير لابن الهمام ٦/١٢٦ والعناية ٦/١٢٦ والبحر الرائق ٦/١١٠).

مسـألـة

[الخلاف فى بيع التولية الذى خالف البائع فى خبر ثمن شرائه]

وإذا ولاّه البيع[١] بما اشترى وذكر أنه أحد عشرة.

قال أبو حنيفة وأبو يوسف يحط قدر الجناية ولا خيار.

وقال محمد: يخير كما فى المسألة الأولى[٢].

أما أبو يوسف فإنه يقول: إذا قال: « بعتك على ما اشتريت » وهو عشرة بربح درهم. أو « بعتك بما اشتريت بلا ربح » وهو عشرة ففى الحالين باعه بالثمن الأول. وإنه (كاف)[٣] لتمام العقد به من غير تفسير[٤] فصار التفسير بعد ذلك بزيادة أمر استغنى عنه. فإن وافق ماسبق أوجب تقريره وإن خالفه أوجب تغييره. وهو لا يملك[٥] ، فارتد بنفسه كمالو باع بعشرة ثم زاد درهماً بنفسه لم يصح بخلاف ما إذا باع بربح درهم على الرقم[٦] والرقم فوق ما اشترى؛ لأنه لم يبعه مرابحة على ما اشترى.

١ـ ولاّه البيعَ: أى إذا أعطى المشترىَ المبيعَ تَولِيَةً.
والتولية: فى الشرع: هى تمليك المبيع بمثل الثمن الأول من غير زيادة ولا نقصان. (تحفة الفقهاء ١٠٥/٢ والهداية ١٢٣/٦)
وهى مأخوذة من وَلّيتُ فلاناً أمر كذا
قال فى اللسان (٤١٤/١٥): « والتولية فى البيع: أن تشترى سلعة بثمن معلوم ثم توليها رجلاً آخر بذلك الثمن »

٢ـ أى فى مسألة المرابحة التى سبق ذكره.

٣ـ فى نسخة (ا): « كافى »

٤ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢٢٦/٥ وفتح القدير لابن الهمام ١٢٦/٦ والبحر الرائق ١١٠/٦

٥ـ أى لا يملك تغيير العقد

٦ـ البيع بالرقم: هو أن يعلم البائع على الثوب بعلامة كالكتابة يعلم بها ثمن الثوب فيقول: بعتك هذا الثوب بالرقم الذى عليه، فقال المشترى: قبلت، وإذا قبل المشترى البيع من غير أن يعلم قدر ذلك الرقم فالبيع فاسد (سبق ذكر ذلك فى ٢٠/١) وإن كان يعلم قدر الرقم أو علم فى المجلس وقبله صح البيع. (العناية ٥٠١/٥ والكفاية ٥٠١/٥)
وفى مسألتنا هذه يقول البائع: « بعتك هذا الثوب بربح درهم على الرقم » والرقم فوق =

بل على الرقم، والرقم شئ آخر يفعل على قدر القيمة والصلاح. فينعقد العقد عليه لا على ما اشترى كما لو سمى دراهم أخر كمالو قال: « بعتك هذا الثوب بربح درهم على عشرة دراهم وكان اشتراه بتسعة أو كانت هبة فإن

البيع يكون صحيحاً ؛/لأنه لم يسم الربح على ما اشترى بل على ماسمى ولا خيانة [٣٧٢/أ] فيما سمى.

وكذلك لو قال: « إنى اشتريت هذا الثوب بأحد عشر وبعتك بربح درهم » يجب أن يحط قدر الخيانة على أصل أبى يوسف؛ لأن الخبر كذب والكذب لا يتعلق به حكم فصار كأنه قال: « اشتريت » ولم يسم شيئاً وباع مرابحة بربح درهم على ما اشترى.

وأما محمد فإنه يقول: لما قال: « اشتريت الثوب بأحد عشر وبعتكه تولية أو بربح درهم فقد باعه بما سمى من الثمن والذى سمى لم يكن ثمن الأول بل كان ثمناً آخر فلم ينعقد تولية ولا مرابحة بل مساومة[1] ولكن بصفة أنه تولية أو مرابحة. وذلك صفة مرغوب فيها. ففيها أمن من الغبن. فإذا انعدمت جرى العيب فخير كما إذا باع عبداً على أنه كاتب.

فاعتبر محمد أصل العقد وجعل التولية صفة فيه. وفوات الوصف لا يمنع صحة العقد بجميع ماسمى.

وأبو حنيفة رجح قول محمد فى المرابحة؛ لأنها بيع بالثمن الأول وزيادة.

= ماشترى. أى يربح البائع بهذا البيع أكثر من درهم.

١- المساومة: هو البيع بالثمن التى يتفق البائع والمشترى عليه، بأن يعرض البائع سلعته للبيع بثمن وصاحبه يطلبها بثمن دون الثمن الأول. فإذا اتفقا على شئ وتم البيع بهذا الثمن، يكون البيع « بيع مساومة »
ولا يلتفت فيها إلى الثمن الذى اشترى به البائع (سبق تعريفه أيضاً فى ٨٣/١)

ومع الجناية يبقى كذلك بيعاً بالثمن الأول وزيادة. فلا تصير بالجناية غير مرابحة ويبقى الجناية كالعيب على ما ذكر محمد. ولما امكن التصحيح مرابحة، كذلك لم يجب إسقاط قدر الجناية بعد تسمية صحته فى بيع مبتدأ يوجب ثمناً آخراً جديداً ليكون عملاً بأصل العقد والتسمية جميعاً.

وأما التولية فبيع بالثمن الأول بلا زيادة. فإثبات الزيادة يبطل معنى التولية. وهو إقامته مقامه فيما تولاّه كأنه هو. وإذا كان مبطِلاً للتولية والعقد عقد بهذه اللفظة ابطلت بالجناية عملاً بحقيقة التولية التى هى ركن العقد ولابد منه. وترك العمل بالتسمية فإنها كالبيع، والزوائد فى هذا العقد لصحة العقد بهذه اللفظة دونها. وقد حققنا هذا الجواب فى مسألة التسليم بالشفعة بعد هذه.

وصورة المسألة غير مفسرة. وربما لا يسلم لأبى يوسف على ما فسرنا أولاً. فإنه متى قال: «بعتك على ما اشتريت بربح درهم » فقد تم العقد فجاز أن يلغو التفسير بعده إلا على سبيل الصدق لما استحق بالعقد. واحتمل أن يتغير مالم يسكت على الأول، فيكون على الاختلاف.

☆☆☆☆☆☆☆☆

مسـألـة

[الخلاف فى حكم تسليم الدار إلى الشفيع بزيادة عن الثمن الأول]

فى كتاب الشفعة يقرب من هذه: المشترى إذا أسلم الدار إلى الشفيع بزيادة كان تسليماً بالثمن الأول[1].

وكذلك أن يسلم بثمن غير الأول.

وقال أبو يوسف: كان تسليماً بما سمى اتفق جنس الثمن أم اختلف،

وقال محمد: إذا اتفق الجنس فالجواب كما قال أبو حنيفة، وإذا اختلف فالجواب كما قاله أبو يوسف.

وكذلك الإقالة عند أبى حنيفة بالثمن الأول كيف ماسميا، وإن لم يحتمل المبيع الإقالة فسدت.

وقال أبو يوسف: هى بيع جديد إذا سمى أقل أو أكثر أو ثمناً آخر، إلا أن لا يمكن، فيصح إقالة بالثمن الأول كما فى المنقول قبل القبض.

وقال محمد بقول أبى حنيفة إذا اتفق جنس الثمن إلا أن يحتمل المبيع الفسخ فيصير بيعاً جديداً. وإذا اختلف الثمن فالجواب ما قاله أبو يوسف.

أما أبو يوسف فإنه يقول التسليم بالشفعة مع جديد؛ لأنه تمليك مالٍ بمال بالتراضى. ألا ترى أنه متى سلم ولاحق للشفيع كان بيعاً مبتدأ ولم يبطل. إلا أنا نجعل تسليماً لاتفاقهما على ذلك حال قيام الحق، فإذا سميا ثمناً آخر أقل أو أكثر فقد أعرضا عن الخروج عن الحق، فصار بيعاً جديداً كما لو لم يكن ثم حق ليكون

١ـ أى أن الشفيع يأخذ الدار بالثمن الذى وقع عليه البيع.

فيه عملاً بالتسليم معنى مجازاً وعملاً بالتسمية حقيقة.

قال: وكذلك الإقالة فيها معنى تمليك مبتدأ؛ لأنه تبادل مال بمال بالتراضى.

ألا ترى أنه يجعل بيعاً جديداً فى حق ثالث. ويجب بها الشفعة، فكان كالتسليم بالشفعة إلا إذا لم يحتمل كالإقالة قبل القبض فى المنقول، فيجب التصحيح على حقيقتها لحل سبب الملك، لا لملك مبتدأ، فسقط بالانحلال ماوجب له. ولا يجب أمر مبتدأ (فيلغو)[1] ذكر الايجاب .

وأبو حنيفة يقول: إن التسليم عبارة عن الخروج عن واجب كالإيفاء ، لا عن تمليك مبتدأ. إلا أن الواجب تمليك مالٍ بمالٍ. فأوجب الملك ابتداء. وإذا كان تمليكاً على سبيل الخروج عن الواجب - وهو الركن - كان هو أولى بالمراعاة من التسمية التى صارت تبعاً فيه؛ لأن العقد يتم بدونه كما قلنا فى التولية.

ومن راعى التسمية فأثبتها فقد أبطل حقيقة التسليم.

وقول القائل: « إنى أثبته مجازاً » فكان أولى من إبطال التسمية أصلاً.

لعمرى هذا ترجيح طلبه فى قدر البطلان. وإنما يصار إليه بعد المعارضة والمساواة ولا مساواة.

فقد ذكرنا: أن التبع لا يساوى المتبوع.

وهو الجواب عن قول محمد فى التولية، ومحمد يقول: إن اتفق جنس الثمن فالجواب ماقاله أبو حنيفة؛ لأن زيادة الثمن قد تذكر تربيحاً من غير تغيير الأصل الأول فلم تدل الزيادة على إبطال حقيقة التسليم.

وأما إذا اختلف، فدل ضرورة على إعراضها عن حقيقة التسليم إلى مجازه؛

١- فى نسخة (ا): « فيلغوا »

لأن ثمناً آخر لا يكون صفة للأول بحال.

ألا ترى أن البيع/ بـألف يصير بألف ومائة بزيادة، وبتسعمائة بحط مائة، ولا [٣٧٢/ب]

يصير قط بيعاً بدنانير إلا بفسخ الأول وتجديد البيع.

وكذلك الإقالة كالتسليم من حيث أنها عبارة عن العفو والإسقاط عن قولك: « أقال الله عثراتك »[١] والخلاف فيها وفي الفسخ واحد. وإنه لنقض عقد أبرم. وهذا على الحقيقة لا يوجب ابتداء، بل ينقض سبب الوجوب، فسقط الواجب به، فيكون في إثبات مال مبتدإ إبطالاً لحقيقته على ماقررنا.

إلا أبا حنيفة قال ههنا: إذا لم يمكن تصحيح الإقالة بطلت. ولم يصر بيعاً مبتدأً بخلاف التسليم؛ لأن الإقالة لا تحتمل معنى التمليك ابتداءً.

وكذلك الفسخ؛ لأن الفسخ ضد العقد. والضد لا يحتمل معنى الضد مجازاً. فحد المجاز: ما يكون بمعنى الحقيقة أو الحقيقة سبباً له[٢] والفسخ ليس بمعنى

١- قال في لسان العرب (٥٨٠/١١): « يقال: أقال الله فلاناً عَثْرَتَه، بمعنى الصفح عنه »
وقد جاء في حديث أخرجه أبو داود وابن ماجة عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ : « من أقال مسلماً أقاله الله عَثْرَتَه يوم القيامة »
الحديث عند أبي داود - في البيوع / باب فضل الإقالة (٩٧/٥)
وعند ابن ماجة - في التجارات / باب الإقالة ٧٤١/٢
وورد في حديث روى عن عائشة رضي الله عنها قالت: « قال رسو الله ﷺ : «أقِيلُوا ذوى الهيئات عَثَراتهم إلا الحدود »
أخرجه أبو داود - في الحدود (٢١٣/٦)
وقال المنذري (٢١٣/٦): « وفي اسناده عبدالملك بن زيد العدوى وهو ضعيف الحديث »
وقال في تقريب التهذيب (ص ٣٦٢): « قال النسائي: لا بأس به ».

٢- أي أن الإتصال بين المجاز والحقيقة قد يكون معنىّ وذلك كتسمية البليد حِماراً أو الشجاع أسداً وكتسمية الصدقة هبة من حيث أن كل واحد منهما تمليك بلا عوض. وقد يكون سبباً كاتصال ثبوت ملك المتعة بألفاظ موضوعةلملك الرقبة - مثل البيع والهبة والتمليك - واتصال زوالها بألفاظ العتق - مثل قولك: أنت حرة، وأعتقتك. (المغني للخبازي ص ١٣١ - ١٣٣)
والمجاز في اللغة من: جاوَزتُ الشيءَ وتجاوزته بتَعَدّيتُه (المصباح المنير ١١٥/١) ولذا عرفه الجرجاني في التعريفات (ص ٢٠٣): « ما جاوزوتعدى عن محله الموضوع له إلى غيره لمناسبة بينهما... ».

العقد كالقطع لا يكون بمعنى الوصل. ولا العقد أيضاً سبب للفسخ بخلاف التسليم بالشفعة. فإنه بمعنى البيع من كل وجه. إلا أنه واجب، والآخر غير واجب كصوم النفل من (الفرض)[1] والصدقة الواجبة من النافلة.

ولا يلزم حط جميع الثمن، فإنه يجعله هبة؛ لأن هبة بعض الثمن يكون حطاً فيها بمعنى واحد حتى إذا اختلف الشاهدان بهذين اللفظين لم تبطل الشهادة. وهذا؛ لأن الهبة متى أضيفت إلى الدين كان إسقاطاً كالحط حتى تم من غير قبول، فجمعها معنى الإسقاط، فصح ثبوت أحدهما بالآخر.

إنما الإقالة من العقد كالطلاق من النكاح.

وأما قولهم: « إن الإقالة فى حكم بيع جديد فى حق ثالث »؛ لأن الإقالة إنما تصير بتراضيهما، وتراضيهما لا يعد وهماً، فكذا فسخ ثبت بتراضيهما، ولكن لما عمل التراضى عليهما انتقل الملك صحيحاً فى حقهما، فثبت الانتقال شرعاً فى حق الناس أجمع. لكن فى حقهما على الإقالة، وفى حق غيرهما فى حكم بيع مبتدإ لامتناع عمل تراضيهما عمل غيرهما، وبمنزلة حكم الحاكم المحكم إذا حكم فى حق المتخاصمين، وتمليك مبتدأ من ذى اليد فى حق ثالث؛ لأن الحكم نفذ فى حقهما. فصار الشئ ملكاً للمقضى له. وفى حق غيرهما الحكم غير نافذ. فبقى نقل ملك بلا حكم. وما ذلك إلا بتمليك مبتدإ. وإنه فقه دقيق.

وأما محمد فمع أبى يوسف: أن الإقالة تجتمع معنى البيع كالتسليم بالشفعة، ومتى لم يمكن تصحيحه إقالة لابد أن يصح تمليكاً بمجازه.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١ـ فى نسخة ب: « القرض »

فـــصـــل الا خـــتـــلاف

[الخلاف فى اختلاف العاقدين فى قدر الأجل]

إذا اختلفا فى قدر الأجل كان القول قول المنكر للزيادة.

وقال زفر [١]: يتحالفان؛ لأن القيمة تختلف باختلاف الأجل فصار الاختلاف فيه كالاختلاف في صفة السلم.

إلا أنا نقول: الاختلاف فيه كالاختلاف في صفة السلم.

إلا أنا نقول: الاختلاف في الصفة اختلافٌ في المعقود عليه.

ألا ترى أنه متى عين على الوصفين كانا سببين، فصار كل واحد منهما مدعياً غير ما يدعيه صاحبه ومنكِراً لما يدعيه صاحبه فتحالفا بقوله - عليه الصلاة والسلام -: « واليمين على من أنكر » [٢]

بخلاف شراء العين، فإنهما اختلفا فى صفة زائدة كالكتابة فالقول قول

١- يراجع للمسألة فتح القدير لابن الهمام ٢٤٠/٦ والبحر الرائق ١٦٩/٦ وشرح المجلة ص ١١٣١

٢- الحديث: جاء بهذا اللفظ في البيهقى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ : « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودمائهم، لكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر » (كتاب الدعوى والبينات ٢٥٢/١٠)
وأخرجه الدار قطنى - كتاب الأقضية (٢١٨/٤) عن أبى هريرة - رضى الله عنه وعن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: أن رسول الله ﷺ قال: « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر إلا في القسامة ». وفي سند كلا الروايتين مسلم بن خالد الزنجى تكلم فيه غير واحد من الأئمة (نصب الراية ٩٦/٤ ، والتعليق المغني على الدارقطني ٢١٨/٤)
قال الحافظ ابن حجر في تقريب التهذيب (ص: ٥٢٩) « مسلم بن خالد المخزوى مولاهم، المكى، المعروف بالزنجى، فقيه صدوق كثير الأوهام »
قد ورد الحديث فى الصحيحين بلفظ « ولكن اليمين على المدعى عليه »
أخرجاه عن ابن أبى مليكة عن ابن عباس - رضى الله عنه - أن النبى ﷺ قال: « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه »
وهو عند مسلم - في باب الأقضية / باب اليمين على المدعى عليه (١٣٣٦/٣) وعند البخارى - فى التفسير / باب - إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم - لاخير - (٥٨/١٥): وفى الرهن / باب إذا اختلف الراهن والمرتهن.. (٤٠١/١٠)

البائع؛ لأن العين المشار إليها لا يصير شيئاً آخر باختلاف الصفة، فبقيت العبرة لنفس الصفة، فيصير المشترى مدعياً والبائع منكر الزيادة.

✪✪✪✪✪✪✪

مسألة

[الخلاف في اختلاف المتعاقدين في مكان الإيفاء]

وإذا اختلفا [١] في مكان الإيفاء في باب السلم كان القول قول المسلم إليه[٢]

وقالوا: [٣] يتحالفان [٤] لأن مؤنة الحمل تلتحق برأس المال في (باب) [٥] بيع المرابحة فيجعل من الثمن. والاختلاف في المكان إنما يعتبر لمؤنة الحمل، حتى إذا لم يكن للتسليم حمل ومؤنة لم يعتبر.

وإذا كان كذلك صار الاختلاف في المكان كالاختلاف في قدر الثمن.

ولأبي حنيفة: أنهما اختلفا في شرط زائدٍ فلا يتحالفان، بل يكون القول قول المنكر قياساً على ما إذا اختلفا في قدر الأجل.

وإنما قلنا: « زائد »؛ لأن العقد إنما ينعقد على البيع بالثمن في أصله، وما بعد هذا شروط زوائد.

ألا ترى أن أصله [٦]معاوضة. فما لا يقابله العوض يكون شرطاً زائداً، وتأثيره: أن الفائدة بالشرط تخص المشروط له. إذ لا عوض عليه بإزائه، فيصير مدعيه مدعياً

١- أي رب السلم والمسلم إليه

٢- وذلك عند أبي حنيفة - رحمه الله - في أحد الروايتين عنه. قال في العناية شرح الهداية (٦/٢٢٥) : « قال من قال من المشايخ إن الاختلاف في المكان يوجب التحالف عنده، كاختلاف في الجودة والرداءة في أحد البدلين.
وقيل: على عكسه، أي لا يوجب التحالف عنده، بل القول للمسلم إليه.
وعندهما: يوجبه... »

٣- يعني أبا يوسف ومحمد بن الحسن وأبا حنيفة في رواية أخرى ومن ذهب إلى مذهبهم، والله أعلم

٤- يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٦/٢٦٣، وفتح القدير لابن الهمام ٦/٢٢٥ والعناية ٦/٢٢٥، والبحر الرائق ٦/١٦٢

٥- غير موجود في نسخة (ب)

٦- أي أصل عقد السلم

محضاً. والآخر منكراً محضاً، واليمين على المنكر دون المدعى [1].

فأما أصل العقد فمعاوضة، كل جزء من الثمن يقابله جزء من المبيع فلا يصير مدعى زيادة الثمن مدعياً محضاً. فإنه ينكر حصته من المبيع للمشترى بإزائه. بل يصير كل واحد منكراً من وجهٍ مدعياً من وجهٍ في أصل الوقوع، فيتحالفان لإنكارهما.

☆☆☆☆☆☆☆

١ـ لقوله ﷺ : « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » (راجع لتخريج الحديث ص : ٨٦)

مسـألـة

[الخلاف فـي اختلاف العاقدين في الأجل]

إذا ادعى المطلوب [١] سلماً بأجل وادعى الطالب [٢] بغير أجل فالقول قول المطلوب استحساناً [٣] عند أبي حنيفة.

وعندهما: القول قول الطالب قياساً [٤] ؛ لأنه منكر (الأجل) [٥]. فدخل تحت قوله: « واليمين على من أنكر » [٦]. ولأن إنكاره صحيح؛ لأنه يدفع حقاً فيلزمه. فالأجل حق المطلوب قبل الطالب. وهذا حد صحة الإنكار. فيكون القول قوله مع يمينه. كما إذا أنكر قدر الأجل بخلاف ما إذا ادعى الطالب الأجل وأنكر المطلوب؛ لأن إنكاره فاسد، لا ينكر حقاً يجب له. فلم يبق له غرض إلا (فساد) [٧] العقد، فكان متعنّتاً. فلغا كلامه كالمضارب [٨] ورب المال إذا اختلفا ،فقال رب المال: شرطت/ لك نصف الربح إلا عشرة » وقال المضارب: « شرطت لـي [٣٧٣/أ] نصف الربح »، كان القول قول رب المال، وتفسد المضاربة؛ لأن ربح ماله يكون له، وإنما يستحق عليه بالشرط. فصار هو بإنكار العشرة دافعاً عن نفسه فصح.

وبمثله: لو ادعى رب المال النصف والمضارب (النصف) [٩] إلا عشرة لم

١ـ وهو المسمى في عقد السلم « المسلم إليه »
٢ـ وهو المسمى « رب السلم » وهو صاحب الثمن طالب السلعة
٣ـ راجع لتعريف الاستحسان ١/١٦٧
٤ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٦/٢٦٣
٥ـ في نسخة (ا): « للأجل »
٦ـ الحديث، راجع لتخريجه إلى ص:٨٦
٧ـ في نسخة (ا): « إفساد »
٨ـ راجع لتعريف المضارب والمضاربة إلى ص : ٢٧ ،و ١/ ١٨٢
٩ـ غير موجود في نسخة (ا)

يقبل إنكار المضارب؛ لأنه ينكر شيئاً يجب له. فتجرد القصد قصد الفساد فلغا.

وكذلك الزوجان إذا اختلفا فى النكاح بشهود وغير شهود، كان القول قول من يدعى بشهود؛ لأن الشهادة ليست بحق على أحد ليكون إنكاره دفعاً فيصح. فتبقى العبرة لحكم العدم، وهو الفساد، فيصير المنكر متعنتاً.

ولأبى حنيفة: أنهما اتفقا على صلب العقد لما ذكرنا [1] إن تمام الصلب بالعوضين جميعاً. وقد اتفقا عليه. واختلفا فى شرط لا يصح العقد بدونه، فيكون القول قول من يدعى الشرط قياساً على اختلاف الزوجين فى شهادة النكاح وعدمها وانقضاء عدة المرأة وعدمها أو إسلامها وعدمه مع كون كفرها معهوداً.

فالشهادة شرط الصحة كالأجل ههنا. وكذلك عدم الشرك فى المرأة إلى دين الكتاب؛ لأن العوض يقابل مايملك على المرأة لا الدين، وهذا لأن الشروط أتباع، فيتضمن المتبوع التبع. فيصير الاتفاق على أصل العقد اتفاقاً على الشرط تبعاً له. فيصير كأنه أقر بسلم بأجل ثم أنكر فيفسد إنكاره بإقراره، ثبت ضمناً كما أفسدنا بالتعنت في الباب الأول.

ألا ترى أن من نذر صلاة لزمه الوضوء تبعاً لها بخلاف قول أحد الزوجين: « إن النكاح كان فى صباى »؛ لأن البلوغ ليس بشرط فلا يجوز مع الصبى. ولكن البلوغ شرط ليصير المالك من أهل الولاية على نفسه، وأن يكون العاقد أهلاً أساس لجواز التصرف لا شرط.

فإن قيل: السلم لا يثبت إلا بأجل، لكن يثبت بغير أجل يدعيه المطلوب.

قلنا: ونحن لا نقضى به، ولكن نقول للطالب: « أقر بأى أجل شئت وإلا

١- راجع ص : ٩٠

قضينا عليك بأقل الآجل المتعارفة وهو شهر » ولا يلزم إذا تعاقدا عقد السلم حالاً [١] ؛ فإنه يبطل لعدم الأجل ولا يصير كالمذكور، قلنا. وصار كأنهما تعاقدا بأجل مطلق فتعارض المقادير [٢] فيفسد للجهالة؛ لأن فى مسألتنا الجهالة طارئة بالمنازعة، فلا يوجب الفساد، فيجب طلب المخلص بالجبر على البيان أو تعيين الأدنى عرفاً.

☆☆☆☆☆☆☆

١ـ راجع لحكم السلم حالاً والخلاف فيه إلى ص : ٤ و ما بعدها

٢ـ أى مقادير الأجل

مسـألـة

[الخلاف في حكم اختلاف المتعاقدين في الثمن بعد هلاك السلعة]

إذا اختلف المتبايعان في الثمن بعد هلاك السلعة لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف.

وقال محمد والشافعي [١]: يتحالفان؛ لأن التحالف حال قيام السلعة إنما يجب لاختلافهما في الثمن؛ لأن البائع يدعي زيادة ثمن، والمشتري ينكر، والمشتري يدعي ملك المبيع كله بألف درهم [٢] والبائع ينكر ويقول: ما ملكتك بالألف إلا نصف المبيع. فيكون القول قول كلّ منكرٍ مع يمينه.

والاختلاف في الثمن قائم بعد هلاك السلعة فيتحالفان كذلك. وإذا تحالفا لم يثبت أحد الثمنين فبقي الثمن مجهولاً، فيصير العقد فاسداً، فيلزمه رد المبيع بالفساد. وقد عجز [٣] فيرد القيمة كما لو اشترى فاسداً من الأصل.

ألا ترى أنهما إذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة يتحالفان [٤] بأن ادّعى أحدهما بدراهم والآخر بدنانير تحالفا ولزم المشتري رد القيمة.

ولأنهما متى اختلفا في قدر الثمن صار اختلافاً في أصل العقد؛ لأن الشراء

١ـ يرجع إلى بدائع الصنائع ٢٦٠/٦، ٢٦١ والهداية ١٩٨/٧ والمبسوط ٣٠/١٣ والأم ١٣٦/٣ والمهذب ٣٠١/١ روضة الطالبين ٥٧٥/٣

٢ـ من باب التمثيل لاختلاف المتبايعين في الثمن بأن قال المشتري: « اشتريت منك هذه السلعة بألف درهم... والبائع ينكر ذلك ويقول: « بل بعتك السلعة بألفين... » وفي هذا المعنى استدلال على أن البائع يكون منكرا من وجه كما أنه يكون مدعياً مثل المشتري فلذا يتحالفان.

٣ـ أي عجز بسبب هلاك السلعة

٤ـ يرجع أيضاً إلى بدائع الصنائع ٢٦١/٦ ونتائج الأفكار تكملة فتح القدير ٢٠٠/٧ ـ ٢٠١ والعناية ٢٠٠/٧

بألف غير الشراء بألف وخمسمائة.

ألا ترى أنه إذا ادعى الشراء بألف وخمسمائة فشهد أحدهما بالشراء بألف والآخر بألف وخمسمائة لم يقبل. و(لو) [1] ادعى ألفاً وخمسمائة والمسألة بحالها، قبلت على الالف.

وإذا كان كذلك صار كل واحد منهما مدعياً عقداً غير ما يدعيه صاحبه، وصاحبه ينكر ذلك، فيكون القول قوله مع يمينه. كما إذا ادعى أحدهما بيعاً والآخر هبة والمبيع هالك.

ألا ترى أن كل واحد منهما لو أقام البينة قبلت بينته لصحة دعواه، فيكون الآخر منكراً في مقابلته لا محالة.

ولا معنى لقولكم: « إن البيع لا يحتمل الفسخ بعد هلاك السلعة » والقاضى بعد الحلف يحتاج إلى الفسخ؛ لأن القاضى لا يقضى بالفسخ ليشترط له قيام السلعة بل يقضى بفساد الثمن؛ لأن الحلف لا يوجب موجبه إلا بالقضاء ثم يفسد العقد فى المبيع لفساد التسمية. وجائز إثبات حكم الفساد فى الهالك من جانب البدل إنما لا يجوز من جانب الهالك قصداً.

ألا ترى أن من إشترى عبداً بجارية وتقابضا فهلك العبد ثم اطلع مشترى العبد على عيب به لم يقدر على رد المبيع، وكذلك بوجهٍ آخر.

وبمثله، لو وجد مشترى الجارية بها عيباً ردّها وارتد البيع فى العبد فيلزمه رد قيمة العبد.

وكذلك لو اختلفا في الثمن: أنه دراهم أو دنانير تحالفا. ولزم المشترى ردّ

١ـ فى نسخة (ب): « لم »

قيمة المبيع بعد اتفاقهما على الصحة.

والدليل على أن التحالف ليس للفسخ بل لإبطال الدعوى:أن أبا حنيفة يرى التحالف في باب النكاح إذا اختلف الزوجان في المهر فلا فسخ؛ لأن التسمية وإن صارت مجهولة بالتحالف، فالجهالةلاتوجب فساد العقد، بل توجب مهر المثل فيصير إليه.

وفي باب / البيع جهالة التسمية موجب فساد العقد فيصير إليه. [٣٧٣/ب]

وقال أبو حنيفة: لا تحالف إذا وقع الخلاف بين البائع وورثة المشترى والسلعة قائمة، وإن كان الفسخ ممكناً ، فثبت أن المدار ليس على الفسخ وعدمه.

وتدل عليه السنة عن رسول الله ﷺ أنه قال: « إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا »[١].

والرواية المقيدة بقيام السلعة لا يضرنا ؛ لأن المعلق بالشرط لا يوجب عدم الحكم عند عدمه، فيجب التحالف إذا قامت السلعة بالحديثين، وإذا هلكت بالحديث الثاني.

ولأبى حنيفة وأبى يوسف: الحديث المشهور عن رسول الله عليه السلام: «

١- الحديث: أخرجه أبو داود - في البيوع / باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم (١٦٢/٥)
والترمذى - في البيوع / باب إذا اختلف البيعان (٥٧٠/٣)
والنسائى - في البيوع / باب اختلاف المتبايعين فى الثمن (٣٠٢/٧ - ٣٠٣)
وابن ماجه - في التجارات / باب البيعان يختلفان (٧٣٧/٢)
وليس في لفظ الحديث التحالف. قال الحافظ ابن حجر في تلخيص الحبير (٣١/٣): « وأما التحالف فاعترف الرافعى في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث. وإنما توجد في كتب الفقه. وكأنه عنى الغزالى فإنه ذكرها في الوسيط، وهو تبع إمامه في الأساليب »
جاء في نيل الأوطار (٣٤١/٥) بأن هذا اللفظ موجود في زيادات المسند من طريق القاسم بن عبدالرحمن عن جده، وعند الطبرانى والدارمى.
ولفظ ما نقله عن عبدالله بن أحمد في زيادات المسند « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا »

البينة على المدعى واليمين على من أنكر »[١] والبائع مدع بالإجماع والمشترى منكر، فيمين المشترى لا خلاف فيه وظاهر الحديث جعل المنكر غير المدعى؛ لأنه عطف المنكر على المدعى، فيكون غيره[٢] بظاهر اللغة. فإذا تعين المشترى منكراً لم يكن مدعياً بظاهره. فإذا لم يكن مدّعياً لم يصر البائع منكراً فلا يكون عليه اليمين.

وأما من طريق الحقيقة: فالمشترى هو المنكر. ولا إنكار من البائع يصح شرعاً؛ لأن الإنكار شرعاً إنما يصح إذا دفع عن نفسه حقاً يلزمه بدعوى الآخر. وبدعوى المشترى لا يلزم البايع حق؛ لأنه لا يدعى عليه إلا السلعة. والسلعة سالمة للمشترى ملكاً ويداً بلا اختلاف بينهما. فلا يصير البائع بإنكاره دافعاً عن نفسه شيئاً يلزمه عن زيادة ثمن. والمشترى يدفعه بإنكاره، فيصير كاختلاف يجرى بين رب المال والمستودَع[٣] فى رد الوديعة. فيدعى رب المال: « إنك منعت الوديعة فضمنت. وقال المودَع: « بل هلكت. أو : « رددت عليك » فالقول قول المودَع مع يمينه؛ لأنه هو المنكر على الحقيقة. وإنكار رب المال فاسد؛ لأن رب المال يدعى عليه[٤]الضمان بالتعدى. وهو ينكر ذلك ويدفعه عن نفسه. والمودَع لا يدعى عليه[٥] شيئاً يلزمه يحتاج رب المال إلى دفعه عن نفسه، ففسد إنكاره.

فإن قيل: هذا يبطل بما إذا كانت السلعة قائمة.

١ـ الحديث: سبق تخريجه فى ص : ٨٦

٢ـ أى فيكون المنكر غير المدعى

٣ـ المستودَع: هو الذى قبل مالَ المودِع للحفظ. ويسمى أيضاً وَديعاً ومُودَعاً. ويسمى المال الموضوع عند المستودع لأجل الحفظ وديعة.
سبق ذكر الوديعة وتعريفها فى ١/ ٣٤٣، ٤٥٠

٤ـ أى على المودَع

٥ـ أى على رب المال وهو يسمى أيضاً مُودِعاً ومُستَودِعاً

قلنا: خصصناه عن ظاهر النص بدليل النص الخاص إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها، فالقول ما يقوله البائع أو يترادّان. فصار حلف البائع حكماً معدولاً به عن القياس، فلا يجوز قياس غيره عليه، ولا يلزم القياس أيضاً، والذى يبطله مابينا في كتاب الشهادات [١] : أن اليمين لا يصلح حجة مثبتة بحال. ويمين البائع ههنا لإثبات زيادة ثمنٍ على المشترى في المعنى لا للدفع عن نفسه على مابينا، فيكون بخلاف موضوع اليمين.

فأما الجواب عن الخبر [٢] : فإنه وارد في حال قيام السلعة؛ لأنه قال: « تحالفا وترادا ». والرد حقيقة لنقض قبض سبق. وذلك في السلعة القائمة.

فأما القيمة فلا يتصور فيها رد على الحقيقة. وكذلك النقد والكلام بحقيقته حتى الدليل على مجازه.

فإن قيل: معناه: يترادّان العقد.

قلنا: ذلك التراد ليس إليهما. بل القاضى يفعل ذلك بحكم جهالة الثمن على مابينا. ولأن رد النصف مجاز؛ لأن العقد لفظ (ماض) [٣]وإنما بقى منه حكم معلوم؛ فلا يتصور (رد) [٤] ماليس بقائم حقيقة. والسلعة متصور ردها على الحقيقة؛ لأنها شئ محسوس في يد المشترى فيرده إلى يد البايع.

فإن قيل: إن النبى عليه السلام قال: « ترادّا » والتراد فعل اثنين ولا يتصور إلا

١- راجع مسألة القضاء بشاهدويمين من كتاب الشهادة (٤٦٢ ا وما بعدها من نسخة سراى أحمد الثالث)
ومسألة: ولهذا قال أبو حنيفة إذا اختلف المتبايعان والسلعة هالكة لم يكن على البائع يمين. (٤٦٣ ا من النسخة المذكورة)

٢- يعنى قول عليه الصلاة والسلام المار الذكر: « إذا اختلف المتبايعان تحالفا وتردا » راجع لتخريجه ص : ٩٥

٣- فى نسخة (ا): « ماضى»

٤- ساقط من نسخة (ا)

بالعقد إذا لم يترافعا إلى القاضى وترادا بأنفسهما. (و إذا ترافعا فـ) [١] القاضى نائب عنهما فيه.

فأما في السلعة فالمشترى يرد ما قبض. والبائع لا يلزمه رد ما قبض بحال إذا كان ثمناً.

قلنا: ذاك رد الثمن كما في الابتداء. العقد يوجب التقابض وإنما يقبض مثل الثمن؛ لأنه قبض مثله.

ويحتمل أن يقال: إن الحديث المطلق لم يبلغ أبا حنيفة و أبا يوسف على أن المذهب عند الشافعى إن المطلق يحمل على المقيد [٢]، وخبرنا مقيد بقيام السلعة.

أما عن المعنى الأول [٣]: إن إنكار بيع الكل بألف التى يدعيها المشترى فاسد؛ (لأنه) [٤] مع هذا يزعم أن المبيع هلك على ملك المشترى لاحق له فيه. فيفسد الإنكار بالإقرار.

وكذلك الكلام في العقد: أن ركن العقد ذكر سبب الملك المقصود بالدعوى. والأسباب إنما تراعى مالم يحصل المقصود بها. وإذا حصل لغا السبب. ألا ترى أن من أقر فقال: « لفلان علىّ ألف درهم ثمن هذا العبد ». فقال المقر له: «العبد عبدك. ما بعتكه. ولى عليك ألف قرض »؛ لزمه [٥] المال، وإن كذبه في السبب؛ لأن المقصود به ملك العبد. وقد سلم له ذلك، فلغا ذكر السبب.

١ـ مابين القوسين غير موجود في نسخة (ا). ومكتوب بدلاً منه « أو »

٢ـ راجع للمزيد من المعرفة والخلاف في ذلك: المحصول - الجزء الأول - القسم الثالث. ص ٢١٣ وما بعدها، وميزان الأصول ص : ٤١٠ وما بعدها.
راجع أيضاً بدائع الصنائع ٢٦٠/٦

٣ـ يشير إلى قوله (ص: ٩٣)« والمشترى يدعى ملك المبيع كله بألف درهم، والبائع ينكر ويقول: ما ملكتك بالألف إلا نصف المبيع »

٤ـ فى نسخة (ب): « لأن »

٥ـ أى لزم المقر له الألف

ولو قال البائع: « العبد عبدى. (ما بعتك) [١]. ولى عندك ألف ». لم يلزمه شئ؛ لأن المقصود لم يحصل فبقى السبب مراعى. فلم يلزمه المال بسبب آخر.

والمقصود [٢] للمشترى من ذكر هذا السبب ملك المبيع وقد سلم له. وهلك على ملكه سواء كان الآمر على ما يزعم هو أو البائع فلغا ذكر السبب فصار بمنزلة اختلافهما في ألف وألفين لا بسبب. فيكون اليمين على منكر ألف الزائدة.

فالخصم اعتبر الاختلاف في العقد من الوجوه /التى قلنا. فصار كل واحد منهما [٣٧٤/أ] منكراً. وهذا اعتبار صورة.

ونحن ألغينا جهة العقد في حق المشترى لحصول مقصودة. وهذا اعتبار معنى.

فأما قولهم: إن بينة المشترى مقبولة، فثبت أنه مدع فلا يلزم؛ لأنا لا نسلم أنه مدع صورة والبائع منكر صورة أيضاً. والبينة تسمع على دعوى صورة، ولكن اليمين لا يجب الإنكار صورة. ألا ترى أن المودع إذا ادّعى الرد كان القول قوله مع يمينه؛ لأنه منكر معنى ؛ لأنه يدفع الضمان عن نفسه بهذا. ولو أقام البينة سمعت؛ لأنه مدع / صورة، ولا يحلف رب المال، وإن أنكر الرد صورة.

فصار الأصل عندنا: أن التحالف في هذا الباب بعد القبض أمر ثابت بخلاف القياس لفساد إنكار البائع، وإنما ثبت حال قيام السلعة بالنص، فلا يقاس عليه غيره.

✪✪✪✪✪✪✪✪✪

١- فى نسخة (ب) « وما بعتك » بزيادة «و»

٢- أى المقصود في المسألة التى نحن بصددها

مسـألـة

[الخلاف في اختلاف العاقد وورثة الآخر بعد قبض المبيع]

ولهذا [١] قال أبو حنيفة وأبو يوسف: إن الاختلاف متى وقع بين العاقد وورثة الآخر والسلعة مقبوضة لم يتحالفا [٢] خلافاً لهما [٣]، وإن قامت السلعة؛ لأن الحديث ورد في المتبايعين دون غيرهما فلم يجر القياس عليهما.

ولو كان الاختلاف قبل قبض السلعة تحالفا؛ لأن التحالف قبل القبض قياس؛ لأن المقصود من العقد لم يحصل للمشترى؛ لأنه لا يمكنه القبض بما يدعى من الثمن، فبقى العقد معتبراً. فيصير العقد بألف غير العقد بألفين. ولأن البائع يدعى ألفاً زائداً والمشتري ينكر والمشتري يدعى استحقاق اليد عليه بتسليم الألف، والبائع ينكر ويدفع عن نفسه ملك الاستحقاق إلا بألفين.

وهذا كله بخلاف ما إذا اختلفا في جنس الثمن؛ لأن البائع يدعى عليه الدنانير، والمشترى ينكر، والمشترى يدعى الشراء بالدراهم والبائع ينكر. وإنكاره صحيح؛ لأن المبيع لا يسلم للمشترى إلا بثمن ولم يتفقا على شئ من الثمن.

فأما في المسألة الأولى [٤] فقد اتفقا على ألف، وهى تكفى للصحة، فسلم المبيع للمشترى ولغا ذكر السبب.

* * *

١- أى لكون التحالف في هذا الباب بعد القبض أمراً ثابتاً بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره.

٢- فالقول قول ورثة المشترى (المبسوط ٣٢/١٣)

٣- يعنى محمد بن الحسن والشافعى رحمهما الله. عندهما يتحالفان ويترادان.
(راجع بدائع الصنائع ٢٦٢/٦ والمهذب ٣٠١/١ وروضة الطالبين ٥٧٥/٣)

٤- أى في مسألة اختلاف المتعاقدين في قدر الثمن بأن قال المشترى: اشتريت هذه السلعة بألف. وقال البائع: بل بألفين. فإن الخصمين في هذه المسألة متفقان في الألف ومختلفان في الألف الزائدة

مسألـــة

[الخلاف في اختلاف الزوجين في المهر]

وإذا اختلف الزوجان في المهر [١] تحالفا على أصل [٢] أبى حنيفة ومحمد خلافاً لأبى يوسف؛ لأن الرجل يدعى على المرأة استحقاق التسليم [٣] بتسليم الألف، وهى تنكر وتدعى ألفاً زائداً، والزوج منكر فصار كاختلاف المتبايعين قبل القبض، فيكون التحالف قياساً فيحتمل التعليل وقياس غير النص عليه [٤].

☆☆☆☆☆☆

١ـ أى في مقدار المهر بأن قال الزوج: « تزوجتها بألف، وقالت الزوجة: تزوجنى بألفين »

٢ـ أى على أصل كون التحالف في الاختلاف في مقدار الثمن قبل القبض على وفاق القياس؛ لأن البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكره، والمشترى يدعى وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكره، فكل منهما منكر. واليمين على من أنكر. فيتحالفان.
أما بعد القبض فعلى خلاف القياس؛ لأن المشترى لا يدعى شيئاً، لأن المبيع سالم له في يده، فبقى دعوى البائع في زيادة الثمن والمشترى ينكره، فكان القياس الاكتفاء بحلفه. (راجع العناية ١٩٣/٧ - ١٩٤ وبدائع الصنائع ٢٥٩/٦)

٣ـ أى تسليم نفسها

٤ـ هذا وجه أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله. وأما وجه أبى يوسف: فإن المرأة تدعى الزيادة والزوج ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه.
والظاهر في المذهب قولهما. والله أعلم.
يرجع للمسألة إلى تحفة الفقهاء ١٤٤/٢ والهداية ٢١٢/٦ - ٢١٣ وبدائع الصنائع ٣٠٥/٢ والعناية ٢٥٠/٣ - ٢٥١

مسألة

الخلاف في اختلاف المولى والعبد في بدل الكتابة

وأما إذا اختلفا في بدل الكتابة [١] لم يتحالفا عند أبي حنيفة. وكان القول قول العبد [٢] خلافاً لهما؛ لأن العبد هو المنكر حقيقة.

فأما المولى فإنكاره فاسد؛ لأن الكتابة تنعقد على فك الحجر عن اكتساب العبد وأنه إسقاط كالإعتاق، وبنفس العقد يصير العبد في يد نفسه. فأشبه اختلاف المتبايعين بعد قبض السلعة. فيكون خلاف القياس، فلا يحتمل قياس غيره عليه.

ولهما: أن العبد أيضاً مدع عتق نفسه بأداء ألفٍ، والمولى ينكر، فيكون عليه اليمين.

قلنا: العتق موجب الكتابة بشرط الأداء فلا يعتبر قبل الشرط موجباً له بل يعتبر قدر ما ثبت بالكتابة قبل الشرط. وذلك في صيرورة العبد في يد نفسه كأنه حرٌّ يداً وإن رق ذاتاً.

ولما اعتبرت الكتابة دون العتق المعلق بالشرط ثبت ما قلناه [٣].

١ـ سبق تعريف الكتابة في ١/ ٩٠

٢ـ ذكر في بدائع الصنائع (١٤١/٤) أن هذا القول قول أبي حنيفة الاخر. وكان يقول في قوله الأول: العبد والمولى يتحالفان، ويترادان كالبيع؛ لأن في المكاتبة معنى المبادلة. كما هو قول صاحبيه أبي يوسف ومحمد بن الحسن.
يرجع للمسألة أيضاً إلى العناية ٢١٩/٧ والبحر الرائق ٢٢٣/٧

٣ـ ذكر المؤلف رحمه الله هذا الخلاف أيضاً في كتاب العتق راجع اللوحة ٢٨٤ أ من نسخة سراى أحمد الثالث

[الخلاف في اختلاف العاقدين في ثمن عبدين بعد موت أحدهما]

إذا اشترى عبدين بثمنٍ واحدٍ فمات أحدهما. ثم اختلفا لم يتحالفا عند أبي حنيفة، إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحيّ منهما، ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً.

وقال محمد: يتحالفان على الثمن كلّه ثم يرد الحي وقيمة الهالك، وقد مر الكلام معه [١].

وقال أبو يوسف: يتحالفان على حصة الحي من الثمن [٢] ؛ لأن المانع من التحالف هلاك السلعة. وإنه في البعض فيتقدر الامتناع بقدره ويتحالفان في القائم بالنص.

إلا أنا نقول: وافقنا أبو يوسف أنهما يتحالفان على ما يخص الحي من الثمن وحصته من الثمن، لا يستدرك إلا بالتقويم والحرز والظن. ولا يستقيم بنا اليمين على الحرز والظن. بل الاحتراز عن اليمين أولى عند الشبهة إلا أن يشاء البائع أن يجعل الثمن كله بإزاء الحي فيتحالفان على جميعه. ولا يأخذ من ثمن الميت شيئاً.

مثال ذلك: ما قالوا في رجل اشترى عبدين، ثم باع أحدهما بعينه،ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا ؛ لأن الحصة مجهولة.

ولو أن رجلين اشتريا عبداً، ثم باع أحدهما نصيبه، ثم اختلف الباقي والبائع في الثمن، تحالفا ؛ لأن الحصة على الشيوع معلومة.

١- راجع ص : ٩٣، ٩٨
إن الأصل عند محمد: أن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف، فهلاك البعض أولى، (راجع أيضاً إلى بدائع الصنائع ٢٦٠/٦ والهداية ٢٠٤/٧)

٢- يرجع للمسألة بدائع الصنائع ٢٦٠/٦ والهداية ٢٠٣/٧ وما بعدها

والمسألتان مسطورتان في باب البيوع الجائزة .

ألا ترى أن أحد العبدين إذا مات لم يبع الباقى مرابحة على حصته من الثمن كما لو باع أحدهما؛ لأن المرابحة مبنية على الاحتياط في الصدق، وإن اليمين فوق ذلك.



فصـــل في الاستهلاك

[الخلاف في حكم استهلاك البائع الثمار الحاصلة بعد العقد على أصلها قبل تسليم الأصل]

إذا اشترى أرضاً فيها نخل فأثمرت ثم استهلك البائع الثمر قبل التسليم، قسم الثمن على قيمة الأرض والنخل يوم العقد وقيمة الثمر يوم الاستهلاك، فمـــا أصاب الثمر سقط عن المشترى / حصته من الثمن. [٣٧٤/ب]

رجع أبو يوسف وقال: يقسم الثمن أولاً على قيمة الأرض وقيمة النخل يوم العقد. فما أصاب النخل قسم على قيمة النخل وقيمة التمر يوم الاستهلاك. فما أصاب التمر سقط ثمنه عن المشترى [١] ؛ لأن الثمر تبع النخل وفرعه على الحقيقة؛ لأنه يملك بملك النخل ولا يملك بملك الأرض. فإذا كان كذلك أشبه من اشترى أمة وولدها، ثم ولدت الولد ولداً آخر قبل القبض، فاستهلك البائع الولد الاخر. فإن القسمة تجب على هذا بخلاف ما إذا اشترى جارية فولدت [٢] ثم ولدت الولد ولداً قبل القبض. ثم أتلف البائع الولد الآخر؛ فإن الثمن يقسم على قيمة الجدة يوم العقد. وقيمة ولدها يو القبض وقيمة الآخر يوم الاستهلاك قسمةً واحدةً. فما أصاب ولد الولد سقط؛ لأن الولد الأعلى لم يكن حين العقد. وإنما دخل بحكم السراية كولد الولد فصارا بمنزلة واحدة حكماً كأن الأمة ولدت ولدين [٣]

١ـ إن أبا حنيفة ومحمد وأبا يوسف رحمهم الله متفقون على أن للثمر الحادث بعد العقد قبل القبض إذا استهلكه البائع حصة من الثمن لصيرورته مبيعاً مقصوداً بالإتلاف... وإنما الخلاف المذكور في كيفية أخذ الحصة .

(يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢٥٧/٢ وفتح القدير لابن الهمام ٤٨٥/٥ والفتاوى الهندية ٣٤/٣ والمبسوط ١٦٧/١٣ وما بعدها)

٢ـ أي ولدت ابنة

٣ـ راجع أيضاً المبسوط ١٦٨/١٣

فأما ههنا فالنخل كان موجودًا حين العقد كالأرض فأشبه ما إذا اشترى أمةً فولدها ثم ولدت الولد ولداً آخر.

ولهما: أن الشجرة وإن كانت قائمة عند العقد فما دخلت تحت العقد إلا تبعاً للأرض ووصفاً لها بدلالة أنّها تدخل تحت العقد بتسمية الأرض وبدلالة أنها لو احترقت بصاعقة لم يسقط عن المشترى شئ من الثمن. وإنما يخير كعيب حل فى المبيع. ولأنها ركبت في الأرض للقرار فصار وصفاً لها كالبناء.

ولما دخلت وصف الأرض لم يكن بإزائها شئ من الثمن بالعقد كأمة اشتريت فولدت ولداً قبل القبض. بل الثمن كله بإزاء الأرض بأوصافها. فإذا أثمرت النخلة صارت الثمرة تبعاً للأصل بوصفه في حق الثمن للوصف الذى لا حصة له من الثمن كما إذا ولدت ولد المبيعة ولداً. والولد الأول لم يكن عبد البيع. (فيقسم)[1] الثمن على الأرض والنخل ثم على الثمرة يوم الاستهلاك كما يقسم في مسألة الولد الثمن على الجدة والولد ثم ولد الولد يوم الاستهلاك.

ولأنا متى قسمنا كما قال أبو يوسف صار النخل متبوعاً مثل الأرض، وإنه تبع له في حق البيع والثمن، فلم يجز أن يصير متبوعاً؛ لأنهما ضدان بخلاف ما إذا اشترى أمة وولدها؛ لأن الولد حال ورود العقد عليهما ليس تبع للأصل. بل هى مثل الأصل في حق الدخول تحت العقد حتى إذا هلكت الولد الوسط سقط حصتها من الثمن كالأصل.

والذى دلّ على الفرق بينهما: أن الولد حال ما يلد الولد لا اتصال للولد الثانى بالجدة حقيقة ولا حكماً، فلم يعتبر موجوداً في حق الجدة.

١- في نسخة (ب): « فيقسلم »

فأما النخل فحال ما يوجد تبع للأرض حقيقة وحكماً :

أما الحكم، فما قلناه في دخوله تحت البيع وصفاً

وأما الحقيقة، فلأن قوامه بالأرض وركّب (فيها) [١] للقرار، فيكون وصفاً مالم يفصل بالحكم نحو أن تكون الأرض لإنسان والشجرة لآخر. وكذلك التبعية في حق الحدود ثابت: لأن الثمر يخرج بصلاح النخل، وصلاح النخل بالأرض، فتكون الأرض بمنزلة علة العلة لحدوث الثمر. والحكم كما يضاف إلى العلة يضاف إلى علة العلة [٢].

فأما إذا كانت الشجرة ملكاً للإنسان والأرض ملكاً لآخر؛ فما الأرض بعلة العلة في حكم الملك، فيكون الثمر ملكاً لمالك الشجرة؛ لأنها من حيث الملك تبع للنخل وحدها ؛ لأن ملك النخل علة لملك الثمرة. وملك الأرض لم يكن علة لملك الشجرة في هذه المسألة. بل ملكت النخل بسبب على حدة. فلم تصر الأرض علة علة ملك الثمر، فقصر الحكم على العلة الأولى.

وههنا ملك النخل بملك الأرض؛ لأن البائع ماسمى إلا الأرض، فصار ملك الأرض علة علة ملك الثمرة.

✪✪✪✪✪✪✪✪

١- المكتوب « فيه »

٢- راجع فتح الغفار لابن نجيم ٧٠/٣

مسـألـــة

[الخلاف في حكم وطء البائع الجارية المبيعة قبل التسليم]

البائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل التسليم ولم ينقصها لم يسقط عن المشترى شئ من الثمن.

وقال صاحباه: يسقط عنه حصة من الثمن [١]. ويعتبر بما لو وطءها غيره بشبهة، فوجب العقر، واستهلك البائع العقر، وبمنزلة مالو جنى عليها [٢]. وهذا لما مر في وطء المشترى أنّه عيب [٣]. وأنّه بمنزلة إفاتة جزءٍ منها إلا أن قيمة المستوفى منها بالوطء العقر إذا كان عن شبهة. وللبائع بعد شبهة لتأبد الملك. ولهذا لا يحد بالإجماع؛ إلا أن العقر لا يلزمه كمالو قطع يدها لايغرم نصف القيمة. بل سقط نصف الثمن. فكذلك ههنا يضمن حصته من الثمن.

هذا هو القياس الظاهر، إلا أنا نقول: إن المستوفى بالوطء منافع على الحقيقة على مامر في وطء المشترى الجارية الثيب ثم أراد الرد بالعيب [٤] إلا أنا اعتبرناه بجزءٍ منها حكماً وشرعاً. والشرع إنما ورد به في حق النكاح والوطء فيقتصر عليه ولا يتعداه.

فلا يعتبر بالجزء منها في حق مقابلة الثمن إياه. إذ ليس من ضرورة أنها في

١ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ١٧٩/١٣

٢ـ أى أن وطء البائع الجارية المبيعة بعد العقد كوطء الأجنبي بالشبهة، لأن الجارية بالعقد صارت مملوكة للمشترى فوطء البائع حصل في ملك الغير. والوطء في ملك الغير لا ينفك عن حد أو عقر. وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر. ولكن لا يمكن استيفاء العقر من البائع؛ لأنها فيَ ضمانه بالثمن، فيعتبر العقر لإسقاط حصته من الثمن. وهذا لأن الوطء في ملك الغير بمنزلة الجناية. (المبسوط ١٧٩/١٣)

٣ـ راجع ١/ ٤٠٤ و ما بعدها

٤ـ راجع ٤٠١/١

حكم جزء من الأصل أن يقابله الثمن بحيث يسقط به شئ من الثمن لا محالة كالوصف يفوت قبل القبض أو بعده، ثم أراد أن يبيع مرابحة [١].

وعلى ما بينا في مسألة وطء المشترى الثيب فاليتأمل فيها.

وإذا كان كذلك (صار في حق مقابلة الثمن كالمنافع) [٢] فأشبه استخدام البائع (إياها) [٣] فلا يسقط به شئ من الثمن.

يدل عليه أن الاستبراء يجب / باستحداث ملك الوطء بملك اليمين، وإنما يجب [أ/٣٧٥] على المشترى بعد القبض. ولو تقايلا قبل القبض لم يجب على البايع الاستبراء استحساناً . فجعل حال القبض كحال العقد في حق ملك الوطء. وإذا كان كذلك صار في حق وطء نفسه كأن الملك باقٍ. فلم يجب الضمان. وإن حرم التناول بزوال ملك الرقبة؛ لأن ذلك ضمان ثبت شرعاً بخلاف القياس في حال الاستحلال على الغير، وهو ضمان جزء من الأصل.

ووجب الاعتبار بالكسب، فإن البايع لا يضمن شيئاً إذا أتلف وإن كان عيناً؛ لأنه فرع المنفعة فلم يدخل تحت البيع بوجهٍ فلم يقابله الثمن. فكذا هذا.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

١ـ راجع لتعريف المرابحة إلى ١/ ٨٣

٢ـ في نسخة (ا): « بقى في حق الثمن منافع »

٣ـ المكتوب في النسخ « إياه ». والظاهر من سباق العبارة وسياقها أن الضمير تعود إلى الجارية المبيعة

مسـألـة

[الخلاف في حكم إتلاف البائع كسب المبيع قبل تسليمه إلى المشترى]

إذا أتلف البائع كسب المبيع قبل القبض لم يضمن شيئاً عندنا.

وقال الشافعي: يضمن القيمة ؛[١] لأنه ملك المشترى، وكان أمانة عند البائع فيضمن بالإتلاف كما لو كان الأصل عنده أمانة.

إلا أنا نقول أن الكسب فرع المنافع. وقد مر [٢] أن فرع الأصل وهو الولد لا يضمن بالقيمة. وإن ضمان البيع ينفى هذا الضمان الآخر. ففرع المنفعة أولى له؛ لأنه أضعف من فرع الأصل.

فإن قيل: فرع الأصل إنما لم يضمن بالقيمة عندكم؛ لأنه ضمن بالثمن فلم يجتمعا [٣]. وهذا لا يضمن بالثمن. فيضمن بالإتلاف لزوال المانع.

وعلى أن حكم العقد لم يسر إلى المنفعة بالإجماع، فأشبه الكسب الحادث بعد القبض.

قلنا: إن الأصل للمشترى لما لم يثبت الملك فيه بحيث يسرى إلى قيمته وخلفه إذا استهلكه البائع بل يثبت بحيث يعطل بالاستهلاك.

وكذا ملك الفرع لا يزداد عليه. وكذا ملك فرع المنفعة؛ لأن ملكه في المنفعة دون ملك الأصل؛ لأنه ما ملك المنفعة إلا تبعاً للأصل. والتبع يضعف عن

١- روضة الطالبين ٤٤٩/٣ ومغنى المحتاج ٦٦/٢
إن الأصل عند الشافعية أن زوائد المبيع المنفصلة الحادثة في يد البائع كثمرة ولبن وبيض وصوف وركاز يجده العبد وموهوب فهى للمشترى وأمانة في يد البائع. (مغنى المحتاج ٦٦/٢)

٢- في ص :١١٠

٣- أى الضمان بالقيمة والضمان بالثمن

المتبوع فثبت أن المانع في الأصل قائم في حق التبع. وإن المانع في حق فرع الأصل لم يكن قيام ضمان الثمن وحده. بل ذلك وهذا الذى قلناه فتعدى هذا إلى الكسب بحكمه.

وما قال أقيس؛ لأن عدم ضمان القيمة في إتلاف المبيع بحكم انفساخ ملك المشترى فيه. وإنه لا ينفسخ في الكسب؛ لأن السبب ملك الأصل وأنه لم ينفسخ شئ منه. فبقى حكمه. وأشبه المهر الذى يضمن قبل القبض بالإتلاف؛ لأن السبب لا ينفسخ.

☆☆☆☆☆☆☆

فصـــل الوكالـة [١] في باب البيع والشراء

قال علماؤنا: الوكيل بالبيع أو الشراء في حقوق العقد ينزل منزلة العاقد المالك من قبض الثمن وتسليم المبيع والرد بالعيب ونحوها [٢].

وقال الشافعي: لا يملك الوكيل شيئاً من الحقوق كأنه رسول [٣]. وذلك لأنه لم يثبت له الولاية على المالك بأمره. فيتقدر بقدره. إنما أمر بالعقد لا غير. فإذا فرغ عنه صار كالأجنبي وكالرسول الذي يثبت له الولاية بالرسالة فيتقدر بقدرها من العبارة.

وكالوكيل في النكاح والخلع [٤] والعتق بمالٍ والصلح عن دم العمد والكتابة.

أو لو كان الوكيل بالشراء صبياً أو عبداً محجوراً عليه على أصلكم.

ولا يلزم الوكيل بالصرف، فإنه يملك القبض في المجلس ويعتبر مجلسه؛ لأن تمام الصرف بالقبض، فكان ذلك من العقد حكماً.

ولعلمائنا: ما روى عن النبي عليه السلام دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام [٥]

١ـ الوَكَالَة: في اللغة: - يفتح الواو وكسرها- مصدر من وَكّلَ فلان فلاناً: إذا استكفاه أمره ثقة بكفايته أو عجزاً عن القيام بأمر نفسه،
والوكيل: هو القائم بما فوّضَ إليه.
والتَوكّل: إظهار العجز والاعتماد على الغير. (يرجع إلى الصحاح ١٨٤٥/٥ ولسان العرب ٧٣٤/١١ والمغرب ٣٦٨/٢)
وفي الشرع: هي إقامة الغير مقام نفسه في تصرف معلوم.
(اللباب ١٣٨/٢ والبحر الرائق ١٣٩/٧)
الوكالة هنا: إقامة الغير مقام نفسه في البيع أو الشراء.

٢ـ راجع أيضاً تحفة الفقهاء ٢٣٥/٣ والهداية ١٥/٧ وما بعدها والعناية ١٦/٧ والبحر الرائق ١٤٧/٧ وبدائع الصنائع ٣٣/٦

٣ـ راجع المهذب ٣٥٨/١ ومابعدها

٤ـ راجع لمعنى الخلع ١/ ٤١٧

٥ـ حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبدالعزى بن قصي القرشي يكنى أبا خالد. هو ابن أخي خديجة بنت خويلد أم المومنين. ولد في الكعبة. وكان من أشراف قريش ووجوهها =

وأمره أن يشترى به أضحية، فاشترى وباعها بدينارين. فدعا له رسول الله بالبركة [١].

وليس فيه أنه وكله بالقبض فثبت أنه ملكه بحكم العقد لولاه لما جاز بيعه قبل القبض، وإن أجازه المالك.

والمعنى فيه: أن هذا الوكيل الذى فيه الخلاف وهو الحر البالغ العاقل الذى يملك التصرف لنفسه وعلى نفسه في أمواله. وحقوقه ثابت فيما يتصرف بحق الوكالة من وجهٍ مالك من وجه؛ لأنه إنما يملك أصل العقد بملكه أمر نفسه وولايته، لأنه يملك تنفيذ مثله في ماله وعلى نفسه. وإنما كان لا ينفذ على غيره لعدم / الولاية على ذلك المحل لحجر شرعي (لا لعدم) [٢] الملك المطلق (للتصرف) [٣] وهو الشرط. فإن المحال شروط على ما عرف، فكذلك الملك فيها. فبعد وجود

في الجاهلية والاسلام. أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه. كان عاقلاً فاضلاً سرياً تقياً، وكان من العلماء بأنساب قريش وأخبارها. توفي بالمدينة المنورة في خلافة معاوية سنة أربع وخمسين، وهو ابن مائة وعشرين سنة. قال في الاستيعاب (٣٢٠/١): « عاش حكيم بن حزام في الجاهلية ستين سنة وفي الاسلام ستين سنة »
(الاستيعاب ٣٢٠/١ والإصابة ٣٤٩/١ وتقريب التهذيب ص ١٧٦)

١ـ حديث حكيم بن حزام:
أخرجه أبو داود - في البيوع / باب في المضارب يخالف (٩٤/٥) عن أبى حصين عن شيخ من أهل المدينة عن حكيم بن حزام. ولفظه: « أن رسول الله ﷺ بعث معه بدينار يشترى له أضحية. فاشتراها بدينار وباعها بدينارين، فرجع فاشترى أضحية بدينار وجاء بدينار إلى النبى ﷺ، فتصدق به النبى ﷺ ودعا له أن يبارك له في تجارته »
قال المنذرى في مختصره (٤٩/٥) بأن في خبر حكيم بن حزام هذا رجلاً مجهولاً لا يدرى من هو.
وأخرجه الترمذى - في البيوع / في باب بعد باب ما جاء في اشتراط الولاء والزجر عن ذلك (٥٥٨/٣) عن أبى حصين عن حبيب بن أبى ثابت عن حكيم بن حزام. وقال: « حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه. وحبيب بن أبى ثابت لم يسمع عندى من حكيم بن حزام »
وفي الباب حديث عروة البارقي أخرجه البخاري - في كتاب بدء الخلق / في باب فضائل أصحاب النبى ﷺ (٢٣١/١٣)
(راجع إليه وإلى مختصر المنذري ٤٩/٥ وما بعدها ونصب الراية ٩٠/٤ وما بعدها. وراجع شرح عمدة القارى ٢٣١/١٣)

٢ـ في نسخة (ا): « لو عدم »

٣ـ غير موجود في نسخة (ا)

الشرط يضاف الحكم إلى العلة. وهو ملكه أمر نفسه بالأسباب الشرعية من الحرية والعقل والخطاب.

فكذا إذا جاء الإذن من المالك ملك ما ملك بتلك العلة الأصلية؛ لأن إذن المالك دون الملك بنفسه، فيكون شرطاً. فهذا بيان أنه مالك، وبيان أنه (ثابت) [١] أن الأمر فيما أمره بأن يعمل له استعار منافعة لنفسه، واستعمله فيما أمره به كما لو أمره أن يخدمه أو يبنى له بناءً فيصير ثابتاً لما أعاره منفعتَه، وجعل له عمله.

فما دام يمكننا الجمع بين الأصلين لم نشتغل بالترجيح. ولأنه ثابت من حيث أثبت له الأمر. ولأنه على ذمته، وعلى ماله مالك معين معنى من حيث يعمل له بولاية كانت ثابتة له من ولاية التجارة لنفسه أو تصرف آخر قبل الأمر وقد أمكننا ذلك في كل عقدٍ حكمه يقبل الانتقال من مالك إلى مالك في الجملة، فيجعل العقد واقعاً للوكيل بولايته الأصلية كأنه عقد بلا أمر عن ملك في حقوق العقد، ويجعله ثابتاً عن الأمر في حق المقصود به من الملك كأنه رسول لا مالك. فإنه جائز في ملك المالك

أن يقع السبب لإنسانٍ والملك لغيره؛ لأنه مما قبل الانتقال بعدالوقوع/فكذا [٣٧٥/ب]

جائز عند الابتداء.

ألا ترى أن إنساناً لو رمى صيداً، فمات [٢] ثم أصاب، وقع الملك للوارث والسبب صح للميت حتى أن الوارث يملكه وارثاً. وأول ما يقع له؛ لأن الميت بعد الموت يزول عنه ملكه فكيف يملك ابتداء.

وكذلك العبد المأذون يشترى لنفسه ويبيع - على ما عرف في المأذون -

١ـ في نسخة (ب): « نائب »

٢ـ أى مات الرامى

والملك يقع للولى.

وكذلك من باع شيئاً على أنه بالخيار ثلاثة أيام فمات المشترى ثم أجاز البائع وقع الملك للوارث. والعقد كان (للموروث) [١].

ولما احتمل هذا وأمكننا توفير فصل النيابة فيما هو المقصود منه - وهو الملك - تركنا حقوق العقد على فصل المالكية عملاً بالعلتين بحسب الإمكان بخلاف الرسول؛ لأنه أمر بنقل العبارة لا غير، وما أمر بالعقد. فإذا نقل العبارة فرغ عن (الإنابة)[٢] ، وما لتلك العبارة حقوق تستوفى ، إنما الحقوق للعقد. وإنه محجور عن المعاقدة فلا يملك حقوقها.

وبخلاف النكاح والخلع. وكذلك كل عقدٍ لا يحتمل الانتقال من مالكٍ إلى مالكٍ بوجه[٣].

فإنا متى جعلنا الوكيل عاقداً - وذلك يوجب وقوع الحكم له - لم يمكننا أن نثبت الحكم للأمر بمانع يمنع الوقوع له والانتقال إلى غيره؛ لأنه لا يقبل الانتقال.

ألا ترى أنا لا نجد سبباً من الأسباب ينعقد موجباً لملك النكاح لإنسان ثم يثبت الملك لغيره كما قلنا في المال .

وإذا لم يمكننا الجمع بين الأصلين والوكالة - وهى مشروعة - لم يكن بد من ترجيح حكم الوكالة والنيابة على الولاية الأصلية.

فإن قيل: إن الجمع غير ممكن بوجهٍ؛ لأنا متى جعلنا العقد واقعاً للوكيل، ثم

١- في نسخة (ا): « للميت »
٢- غير ظاهر في نسخة (ا)
٣- كالصلح عن دم العمد والعتق بمال والكتابة

جعلنا الملك واقعاً للموكِّل من جهة الوكيل حكماً - كما في شراء الرجل شيئاً على أن البائع بالخيار، ثم مات المشترى، ثم أجاز البائع - لم يصر الوكيل نائباً عنه في (التمليك)[١] كالميت لا يكون نائباً عن الوارث في التمليك، وكالعبد المأذون على أصلكم. بل يصير كأنه اشترى لنفسه ثم باعه تولية[٢]. إلا أن الثاني سبب العقد حكماً على أصلكم فيبطل جهة الوكالة أصلاً.

قلنا: ولا كذلك. إنما هذا مثال أورده مشايخنا في حق حقوق العقد. أى في الحقوق يصير هكذا.

فأما في أصل الملك فهو بمنزلة عبد محجور وكّله رجل بشراء هذا العبد له، فاشتراه له، وليس كالوارث. وذلك؛ لأن المانع عن الوقوع للوكيل ههنا كونه نائباً عن الآمر عاملاً له. لا قيام الأمر مقامه، لأنه ليس بأهل له.

ولما كان المانع كونه نائباً وقع الملك للآمر كأن هذا المشترى عبدٌ محجورٌ. وفي (حق)[٣] حقوق يقع كأنه اشترى لنفسه لما جاز أن يفصل في الجملة بين حقوق العقد والملك المستفاد به (توفيراً)[٤] على الشبهين حظهما.

فالحجتان إذا تعارضتا وجب العمل بهما بحسب الإمكان. ولم يكن الاعتبار بحالها إذا انفردت بلا معارض.

فأما الرجل إذا اشترى لنفسه على أن البائع بالخيار، فماهو بنائب عن الوارث إلا أنه لما مات صار بحيث لا يصلح للتمليك، فقام الوارث مقامه نائباً عنه

١- في نسخة (ا): « التملك »

٢- أى باعه بمثل الثمن الذى اشتراه من غير زيادة و لا نقصان. سبق تعريف التولية، راجع ص : ٧٩، ١ / ٨٣

٣- غير موجود في نسخة (ا)

٤- في نسخة (ا): « لتوفر »

في التملك.

وأما إذا كان الوكيل عبداً محجوراً عليه فماله ولاية العقد لنفسه تنفيذاً.

وإنما له ولاية نيابة لا غير. فلم تثبت المعارضة، فكان الحكم للنيابة.

☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆ ☆

مسـألة

[الخلاف فى حكم حبس الوكيل بالشراء السلعة عن الآمر مقابل الثمن]

الوكيل بالشراء إذا اشترى وقبض، كان له أن يحبس السلعة عن الآمر(١) حتى يستوفى الثمن.

وقال زفر : لا يحبس(٢) ؛ لأن السلعة عنده أمانة ؛ فلا يملك حبسها بدين له على صاحبها كالوكيل بالقبض أو المودع، ولأنه فى الحقيقة بمنزلة بائع سلم السلعة إلى صاحبها فلا يملك الحبس ثانيا.

وإنما قلنا ذلك ؛ لأنه أول ما يقبض لنفسه بحق أنه عاقد. ولما قبض صارت اليد للآمر بحق أنه نائب فى أصل البيع كالوكيل بالقبض. ولهذا تصير أمانة ويتأكد الضمان على المشترى، فإن الضمان لا يجب عليه إلا بعد الدخول تحت يده.

ولنا : أن الواجب للوكيل على الآمر هو الثمن بدليل : أنه استحق عليه كما تم البيع، والواجب بعقد بيع العين من الدين وهو الثمن ولما استحق الثمن استحق معه حبس المبيع به فى الأصل كالبائع نفسه.

فإن قيل : ولم قلت : إن الواجب هو الثمن؟

قلنا : لأنه وجب كما تم البيع وتأثيره فى إيجاب الثمن لا دين آخر. فمن ادعى شيئا آخر فى ضمنه غير البيع فعليه الدليل.

١ ـ أى الموكل

٢ ـ يرجع للمسألة إلى العناية ٣٥/٧ وما بعدها. والبحر الرائق ١٥٥/٧ وبدائع الصنائع ٣٧/٦ وحاشية ابن عابدين ٥١٦/٥

ألا ترى أنه يطالب به قبل أن يؤدى بنفسه، ولو كان الاستحقاق بحكم النيابة عنه فى الأداء لما طالب قبل الأداء كالوكيل بقضاء الثمن.

وهذا كله لما ذكرنا : أن الوكيل فى حق الحقوق ينزل منزلة العاقد لنفسه، وفى حق المبيع كأنه نائب ورسول. ولما صار كذلك فى حق المبيع لم يملك الآمر المبيع إلا بحقوق وجبت عليه وله. وبأصل العقد وجبت للمتعاقدين وعليهما. اضطرنا إلى أن العقد الواحد فى حق الحقوق فى حكم عقدين، كأنه اشترى لنفسه ثم ولاه ثانيا، فثبت بين الموكل والوكيل حقوق مبتدأ، كأنه جرت بينهما معاقدة.

ألا ترى أن زفر وافقنا(١) أن الآمر إذا وجد بالمبيع عيبا رد على الوكيل دون البائع. ثم الوكيل يرده على البائع.

وكذلك البائع يطالب الو كيل بالثمن دون الموكل، ثم الوكيل يطالب الموكل.

والحبس / بالثمن من حقوق العقد، فألحق فى حقه بالعقدين فصحت العلة [٣٧٦أ] بدليلها على ما قلنا.

فأما الجواب عن قوله : «إنه أمانة عنده» فيبطل بمن باع عبدا فجاء المشترى وقبضه بغير إذن البائع ثم أتى به ووضعه فى دار البائع ؛ فإنه يكون أمانة عنده. وله أن يحبسه بالثمن. وذلك لما ذكرنا أن يده فى حق استيفاء حق العقد يد نفسه. وفى حق المبيع يد الموكل كالوكيل بالقبض. فابتداء اليد يقع للحق ثم يبطل حكمه باليد الثانية. وتلك اليد الثانية تثبت بلا رضاه حكمامن الشرع. فيصير بمنزلة بائع قبضت منه السلعة بغير رضاه. ثم وضعت عنده، فلا يبطل به حق الحبس باليد الأولى.

١ ـ يعنى أباحنيفة وأبا يوسف ومحمد بن الحسن رحمهم الله ومن أخذ بقولهم ومنهم المؤلف رحمه الله كما دل على ذلك إستعماله ضمير المتكلم.

فإن قيل : إنه لما اشترى مع علمه أنه يقع فى يد الموكل حكما، ويخرج عن يده إذا قبض صار بمنزلة بائع باع السلعة من الغاصب فيبطل حقه بهذا الطريق.

قلنا : لا كذلك ؛ لأن البائع من الغاصب لا تثبت له يد على المبيع بحال ليثبت يدا حابسة بحق البيع. ثم تبقى إذا زالت بغير رضاه. وههنا الوكيل تثبت له يد نفسه على المبيع بحق أنه قابض لنفسه. وهذه اليد موصوفة بأنها يد حابسة بالثمن لا يبطل بزوالها رضاه. والزوال كان بغير رضاه. فهذه شبهة المسألة.

- * -

مسـألة

[الخلاف فى حكم إبراء الوكيل بالبيع المشترى عن الثمن أو تأخيره الثمن]

الوكيل بالبيع اذا باع وأبرأ المشترى عن الثمن أو أخر،

وكذلك الوكيل بالسلم إذا أبرأ أو أخر أو فاسخ، صح عند أبى حنيفة ومحمد،

وكذلك إن كان على الوكيل دين للمشترى مثل الثمن صار قصاصا به عندهما،

وقال أبو يوسف : لايصح، استحسن ذلك(١)

وكذلك الوكيل لو قبض الثمن ثم حط شيئا من الثمن صح عندهما، وضمن الوكيل فى رده من مال نفسه دون الثمن المقبوض،

وعنده : لايصح، وذلك لأن الواجب بالبيع مال هو فى الذمة يجب فيه الزكاة فى حكم مال فى الكيس ومطالبة بالتسليم والقبض فى حكم مال مغصوب إلا أن المطالبة ظاهرة والمال المطالب به باطن فى الذمة، والإبراء يأتى على المال ؛ لأنه يقول : «أبرأتك عن الثمن» وهو المال الواجب عوضا عن المال بالبيع، وذلك حق الغير فلا يصح لما ذكرنا أنه فى أصل العوض ثابت وليس بمالك،

ألا ترى إذا قبض المبيع لا يملك تصرفا فيه، ولا يعتق عليه إذا اشترى إياه لغيره بأمره، كأنه أجنبى ؛ لأنه يحل العين،

١ - يرجع للمسألة إلى المبسوط ٣٥/١٩، وتحفة الفقهاء ٢٣٥/٢ وبدائع الصنائع ٢٨/٦
ما جاء فى المبسوط يوافق ما ذكر المؤلف رحمه الله من أن قول محمد فى هذه المسألة فى جانب أبى حنيفة، وجاء فى تحفة الفقهاء وبدائع الصنائع أنه مع أبى يوسف - رحمهم الله جميعا
(راجع الصفحات المذكورة آنفا)

ألا ترى أنه لو كان للمشترى دين على الموكل مثل الثمن التقيا قصاصا، ولو لم يجب الثمن للموكل لما صار قصاصا بدينه.

وكذلك الزكاة تجب على الآمر.

وكذلك المتاركة فى باب السلم. لا يرد على المطالبة بل على المبيع.

وكذلك فى باب الثمن لو قال : «أبرأتك عن المطالبة التى هى لى» لم يصح.

وكذلك الحط، إخراج لبعض الثمن عن البيع عندنا كالفسخ، لا تصحيح له على المطالبة.

ألا ترى أنه يلزمه رد شيء من الثمن إذا كان بعد القبض وإذا كان فى معنى الفسخ لم يملك إلا بمقدار الأمر. وإنه ضد ما أمر. فلم يدخل تحته، إلا أنى سميته استحسانا ؛ لأنى أبطلته لأمر فى الباطن.

ولا يلزم الوكيل بالشراء إذا وجد بالسلعة عيبا فرضى، فإنه يصح(١) ؛ لأن الرد بالعيب حق العقد، لا ما وجب بالعقد ؛ لأن الفائت لا يجب حقيقة. وهذا الحق ما ثبت للآمر إلا (من)(٢) قبل الوكيل، وإنه باق قبله بعد رضاه.

والوكيل فى حق الحقوق فى حكم المالك دون النائب، فلا يعتبر لصحته قبض الآمر.

ووجه قولهما(٣) : أن الدين فى الذمة إنما يعتبر مالا على اعتبار القبض، فإن المال عبارة عما يتبذل لمصالح الآدمى وخلق له. والفائت الموصوف لا يصلح

١ ـ راجع أيضا البحر الرائق ١٥٥/٧

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٣ ـ يعنى أبا حنيفة ومحمد بن الحسن رحمهما الله ، راجع ص :٢٢ اوهاشمها.

لهذا، إلا أن الشرع ألحقه بالمال، وكذلك العرف ؛ لأنه مما يقبض فى الثانى فعد مالا لماله وهو القبض، فصار القبض أصلا لإثبات المالية الواجبة فى الذمة، والقبض للوكيل وحقه كأنه مالك على ما مر(١) ،فصار بمنزلة الموكل منه ؛ لأن المال فى الأصل هو الثمن، و (إنه)(٢) للموكل كما قاله أبو يوسف، والمالية كذلك الواجب ثبت بالقبض، وهذا حق الوكيل، فالقبض بدون ذلك الو اجب لا يكون مالا، والواجب بدون القبض لا يكون مالا فاستويا،

ثم الموكل يملك الإبراء والحط والمتاركة ويصير الثمن قصاصا بدين، فكذلك الوكيل، وكما لا يمنع حق الوكيل إبراء الموكل ؛ لأنه كان يقبضه له، فكذلك لا يمنع حق الموكل إبراء الوكيل ؛ لأنه ما استحق المطالبة بالثمن بهذه المعاقدة إلا من قبل الموكل، وإنه (يأتى)(٣) بعده ولأنه متى حط بعد ما باع وقبض الثمن ما يتناول هذا التصرف حق الآمر ؛ لأن حقه تعين فيما قبض من الثمن، وبهذا الحط لا يلزمه رد شيء من ذلك الثمن،

فدلت هذه المسألة أن امتناع التصرف على أصل أبى يوسف ليس لأن تصرف الوكيل تناول حق الآمر بل لأنه تصرف فيما لم يؤمر به، وليس له،(٤)

فأما قول أبى يوسف : أن الوكيل لو قال : «أبرأتك عن المطالبة»، لا يصح ؛ فالجواب عنه : إنا ننزله(٥) منزلة المالك لحق القبض، ولو قال : «أبرأتك عن القبض» صح،

١ ـ راجع ص : ١٢٢

٢ ـ فى نسخة (ب) : «لأنه»

٣ ـ فى نسخة (أ) : «باقى»

٤ ـ أى ليس للوكيل التصرف فيما لم يؤمر به

٥ ـ أى ننزل الوكيل

وعلل محمد فى المأذون بهذا وقال : لما أبرأه عن القبض، - وذلك حقه - صح لما ذكرنا : /أنه حق منفرد عن ملك الأصل حتى جعلنا الوكيل فى حق الحقوق [٣٧٦ب] كأنه اشترى ثم باع، وفى حق ملك الأصل كأن العقد واحد، ولما صح ثبوته منفردا صح إسقاطه منفردا أيضا، ولما سقط والواجب باعتبار القبض كان يعد مالا صار متويا(١) ملك المالية حكما كما يتوى مالية الشاة بالتحقيق فيضمن،

ولا يلزم إذا كان الوكيل عبدا(٢) ؛ لأن التعليل وقع لبيان أن حق القبض يحتمل الإبراء بنفسه لا لبيان (أهلية)(٣) من يقع الإبراء منه،

ألا ترى أن العبد لو باع لنفسه أو المكاتب لم يملك الإبراء (أو مات علينا إلا لنلحقه بالمالك،

ولا يلزم إذا كان وكيل صرف؛ لأنه لو كان مالكا لم يملك الإبراء)(٤) ؛ لأنه فسخ على ما عرف، دل عليه ما ذكر فى كتاب الصرف(٥) : إن الوكيل بشراء قلب(٦)

١ ـ المُتْوِى : المهلك

والتَوَىَ : هلاك المال قال فى اللسان (١٠٦/١٤) : «والتوى : ذهاب مال لا يرجى»

يقال : تَوِىَ المال يَتْوَىَ تَوًى، وأتواه غيره، وهذا مال تَوٍ على فَعِلٍ،

(الصحاح ٢٢٩٠/٦ ولسان العرب ١٠٦/١٤)

٢ ـ احتراز عن كون الوكيل عبدا فإنه لا يملك الإبراء، (تحفة الفقهاء ٢٨٨/٣)

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٤ ـ ما بين القوسين ساقط فى نسخة (أ)

٥ ـ راجع ص :

٦ ـ القلب : السوار

قال فى المصباح المنير (٥١٢/٢) : «قلب الفضة بالضم : سوار غير ملوى مستعار من قلب النخلة لبياضه»

(راجع لسان العرب ٦٨٨/١ والمصباح المنير ٥١٢/٢)

بدراهم إذا اشترى ونقد الثمن، فجاء رجل وهشم(١) القلب كان الوكيل بالخيار بين أن يرضى به كذلك وبين أن يضمن الهاشم ؛ لأن الهشم عيب والرضاء به من حقوقه وأخذ قيمته من حقوق العقد كما لو كان المبيع عبدا فقتله أجنبى، فإن أخذ القيمة من خلاف جنسه كان للوكيل وضمن الثمن للآمر ؛ لأنه فى حق أصل الواجب وكيل، وهذا الذى اختار تملكه بدل عن المبيع، فلم يكن له ذلك بحق النيابة، وهو فيه نائب إلا أنه لما دخل فى الابتداء مستوفيا حق العقد ملك تنميه بناء على أنه مالك وضمن للموكل، وكذلك ههنا ؛ لأن ما يتعدى الى الموكل يتعدى حكما لا قصدا، وهو من حيث العقد مستوف حق نفسه،

وكذلك الكفيل ينزل منزلة الأصل فى الأحكام المختصة بدين الأصل حتى إذا وهب له الدين ملك ورجع على الأصل، وهبة الدين من غير من عليه لا يجوز، وأصل الدين على الأصيل دون الكفيل على ما عرف، لأنه قام مقامه فى حق القبض منه، فقام مقامه فيما يتعلق بأصل الواجب، فكذلك ههنا الوكيل لما قام مقام المالك فى أن حق القبض له لا بالأمر قام مقامه فى الأحكام (التى)(٢) تختص بالمالك،

(و) (٣) الذى يوضحه أن الخلاف ثابت فى التأخير، والتأخير يبطل حق القبض والمطالبة، ولا يبطل أصل المال، فثبت أن طريق الصحة من حيث له حق القبض بحق المالكية ثم يضمن المال بحق الإتواء،

واذا ملك نفذ التصرف فى أصل الدين حينئذ،

- * -

١ ـ هَشَمَ : أى كسر،
الهُشْم : كسر الشىء اليابس
والهشيم من النبات : اليابس المتكسر،
(الصحاح ٢٠٥٨/٥ والمصباح المنير ٦٣٨/٢)

٢ ـ فى نسخة (أ) : «الذى»

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

مسـألة

[الخلاف فى التوكيل بالسلم بالدين الذى على الوكيل]

إذا قال لآخر : «أسلم مالى عليك فى كر حنطة» أو: «اشتر لى شيئا - سماه - بالدين الذى لى عليك٠» لم يصح التوكيل عند أبى حنيفة٠

وعندهما : يصح(١) ؛ لأن توكيله بهذا العقد صحيح لو لم يضفه إلى الدين الذى عليه٠ ولكن قال : «اسلم لى عشرة دراهم فى كر حنطة» أو : «اشتر لى عبدا بألف درهم» فكذا وإن أضاف إلى الدين الذى على الوكيل ؛ لأن الدين فى حق من عليه بمنزلة دراهم مقبوضة٠ ولو سلم إليه دراهم وقال : «أسلمها لى فى كر حنطة» جاز٠ فكذا هذا٠

ولأن الشراء فى الحالين لا يتعلق بما اضيف إليه عينا كان أو دينا٠ بل يجب بمثلها ثم يصير قصاصا بالدين إن كان دينا٠ وإن كان عينا فللمشترى أن يعطى مثلها مكان ذلك العين٠

ألا ترى أن من اشترى من رجل شيئا بالدين الذى عليه، ثم تصادقا أن لا دين صح الشراء، ووجب ثمن مبتدأ ولو تعلق به(٢) لبطل ؛ لأنه ليس بشىء كما لو أشار إلى عين ثم تبين أن لا شىء٠ وكما لو ادعى عينا ثم صالحه عنه على مال٠ ثم تصادقا أن لادين، بطل الصلح، وإذا كان الشراء لا يتعلق بالدين نفسه صار قوله : «اشتر لى عبدا (بالدين)(٣) الذى لى عليك٠» وقوله :« اشتر لى عبدا بألف درهم» سواء، فيصح٠

١ ـ راجع حاشية ابن عابدين ٥١٩/٥

٢ ـ أى بالدين٠

٣ ـ فى نسخة (ب) : «بألف دين»

وإذا اشترى صار مشتريا بألف مطلقة غير الدين، ووجب للوكيل على الموكل الألف الثمن ثم يصير قصاصا بالألف التى هى له على الوكيل فيبرأ الوكيل بالقصاص لا بالتصرف بالوكالة،

دل عليه : ما لو قال : «أسلم مالى عليك فى كر حنطة إلى فلان»، فإنه يصح،

وكذلك لو أجر داره ثم قال للمستأجر : «رم ما استرم منها بالأجرة» صح، وهذا أمر بشراء منافع بماله عليه من الأجر،

وكذلك لو قال : «تصدق بمالى عليك على الفقراء» صح، كما لو كان عينا،

ولا يلزم إذا قال : «ادفع مالى عليك إلى من شئت،» فإن الأمر فاسد ؛ لأن الذى عليه المال يملك الدفع بنفسه ؛ لأن الدفع يلاقى عينا هو ملك المأمور، فلا يصح أمر غيره فيه، إنما حق الآمر فى القبض منه ليصير ملكا للآمر، والقبض إنما يكون من المدفوع إليه، فيصير هذا منه توكيلا لمحمول بالقبض، فلا يصح،

فأما ههنا فقد أمره بالشراء له وإيجاب الدين فى ذمته، فكان أمرا فى حق نفسه، فصح، حتى إذا قال : «تصدق بمالى عليك على الفقراء» صح ؛ لأن الصدقة تقع لله، والفقير نائب فى القبض، فصار القابض معلوما، فصح كما لو قال : «هب مالى عليك لفلان» فإنه يصح،

وهذا ؛ لأن الشراء وضع لإيجاب الثمن ابتداء فى الذمة لا لتمليك ثمن موجود على ما بينا فى موضعه،(١)

١ - راجع الجزء الأول ص: ٢٠٥

ولأبى حنيفة : أن هذا أمر بتمليك الدين من غير من عليه الدين فيفسد ؛ لأن الدين لا يقبل التمليك من الغير كالتوكيل بتمليك الحر.

وإنما قلنا : «هذا أمر بتمليك الدين من غير من عليه» ؛ لأن عقد الشراء عقد تمليك، وقول الرجل : «اشتريت عبدا بألف» وقوله : «ملكت عبدا بألف» واحد، فقوله : «اشتر لى عبدا بالدين» وقوله / : «ملك الدين بائع العبد» شيء واحد. [٣٧٧أ]

ثم الشراء وإن كان لا يتعلق بالدين، فالأمر بالشراء يتعلق به. ألا ترى أن من دفع درهما إلى رجل وقال له : «اشتر لى عبدا» فهلكت الدراهم قبل الشراء بطلت الوكالة. ولأن الدراهم إنما تتعين فى عقد معاوضة والأمر بالشراء ليس بمعاوضة. فلم يمتنع بعينها فى حق الآمر بدليله. ولأن الدراهم إذا سلمت الى الوكيل إنما تعينت ؛ لأن الآمر ما رضى بالتصرف فى ذمته، بل فى تلك الدراهم(١) .

وهذا المعنى قائم فيما إذا اضاف إلى دين على التوكيل ؛ لأنه أمره به ليرجع فيما عليه دون ذمته بخلاف ما إذا قال : «اسلم مالى عليك إلى فلان» ؛ لأنه لما عينه صار فلان وكيلا بالقبض أو لا كما لو قال : «إدفع مالى عليك إليه.» فإذا قبضت وصار الدراهم عينا صحت الوكالة بناء عليه، كما إذا قال : «أعتق عبدك بألف» قدم الشراء على العتق وإن لم يذكر ؛ لأنه شرط صحته على ما عرف(٢) . فكذلك هذا.

١ ـ إن فقهاء الحنفية متفقون على أن الدراهم والدنانير لا تتعينان فى المعاوضات دينا كان أو عينا وكذلك متفقون على أنهما لا تتعينان فى الوكالات قبل التسليم إلى الوكيل.

واختلفوا فى تعينهما بعد التسليم، فعند أبى حنيفة رحمه الله ومن ذهب إلى قوله : أنهما تتعينان.

وذهب أكثر العلماء إلى أنهما لا تتعينان.(راجع للمزيد من المعرفة الكفاية ٥٥/٧ وما بعدها ونتائج الأفكار ٥٥/٧ وما بعدها)

٢ ـ سبق الكلام فى ذلك. راجع ١ /٢٨٧

وبخلاف مسألة الإجارة، فإن المسألة أنه قال للمستأجر : «رم ما يسترم منها بالأجر» وذلك باتصال المرمة إلى الدار، وهى معلومة، فيصير كالمسلم إليه إذا كان معلوما،

ومنهم من يجعل مسألة الإجارة على الإختلاف،

فأبو حنيفة مالالى جانب الدين فأفسده ؛ لأنه لا يقبل من غير من عليه،

وهما(١) مالا إلى جانب البيع وقالا : إنه أمره بشراء شيء معلوم، وذكر الدين لبيان قدر الثمن، لا لتعلق التمليك،

وهذا صح ؛ لأن التمليك فى الشراء ليس فى الوكالة، والشراء لا يتعلق بالدين نفسه وإن أضيف إليه على ما مر(٢) ، فلا يصير الأمر بالشراء بالدين أمرا بتمليك الدين،

- * -

١ ـ يعنى أبايوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبى حنيفة رحمهم الله،

٢ ـ راجع ص : ١٢٧

مسـألة

[الخلاف فى عدم حضور نية الوكيل بالشراء عن الآمر حين العقد]

الوكيل بالشراء إذا اشترى ولم تحضره البتة(١) ، إنه لمن اشترى حكم النقد عند أبى يوسف.

وكذلك الوكيل بالسلم.

وقال محمد : هو للوكيل(٢) ؛ لأن شراءه فى الأصل واقع له بولايته على نفسه، وتلك الولاية باقية فيما اشترى مع الوكالة. فلا يخرج عنهما إلا بدلالة مستثنية، وهو الإرادة للآمر كالمأمور بالحج إذا حج ولم تحضره البتة، وقع عن المأمور (٣) ؛ لأن الأمر الطارىء لم يرفع ولاية الحج عن نفسه فيقع على الأصل مالم يأت بالدلالة المستثنية، وهى ارادة النيابة.

وكذلك الرجل إذا أمر عبدا أن يشترى نفسه من مولاه فذهب واشترى ولم تحضره البتة صار مشتريا لنفسه وعتق(٤) ؛ لأن الأمر لم يرفع الولاية الأصلية.

وهذا ؛ لأن الأجوال ثلاثة : إما أن يريد لنفسه، أو للآمر، أو لا يريد شيئا فتكون حالة واسطة بينهما.

١ ـ أى النية. وأصله من البت : وهو القطع
(لسان العرب ٦/٢ والمغرب ٥٥/١)

٢ ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٣١/٦ والعناية ٤٦/٧-٤٧ والكفاية ٤٦/٧-٤٧ والبحر الرائق ١٦٠/٧

٣ ـ إن النية عن الآمر تعتبر من شروط جواز الحج عن الغير
(المسلك المتقسط ص ٢٩٢)

٤ ـ راجع أيضا الدر المختار ٥٢١/٥ والبحر الرائق ١٦٦/٧ ونتائج الأفكار ١٦٦/٧

وإذا كان عبدا يتعين بنقد(١) على ما عين، كانت الحالة المترددة أولى بالرد الى الأصلية لوجهين :

أحدهما : عدم الدلالة المستثنية على ما مر.

والثانى : أن الأصل أقوى دلالة بوصف أن هذا الشراء الذى باشره يصلح للآمر - فإنه لولا معارضة الولاية الأصلية لوقع للآمر بلا إرادة له، نحو أن يكون الوكيل عبدا محجورا عليه أو كان وكيلا بشراء شيء بعينه - ويصلح للوكيل نفسه - فإنه لولا معارضة الولاية بحق الوكالة لوقع له شك فيه -. ولما صلح لهما وكان الامتناع بالمعارضة توقف ولم ينفذ على آخر ويرجح بالنقد بعرف التجار. إنهم إنما ينقدون من مال من وقع الشراء له.

ألا ترى أنهما إذا اختلفا وقال كل واحد منهما : «اشتريت لى ونويت لى» ، وقف ووجب الترجيح بالنقد.(٢)

فإن قيل : ولم قلت : إن الولايتين سواء ليجب الوقف عند المعارضة؟

قلنا : دليله حال التكاذب ، فإنه يوقف. والآمر يدعى لنفسه بحق الوكالة، والدليل عليه : أن الوكيل بشراء شيء بعينه إذا اشترى لنفسه ونوى وعين نفسه، لم يصح، وكان للآمر(٣) . فدفعت ولاية الوكالة الولاية الأصلية لما تعينت، فإذا ناولت على الاحتمال وقعت على الاحتمال أيضا. وليس هذا كالمأمور بالحج ؛ لأن الحج

١ ـ غير واضح فى النسخ

٢ ـ قال فى الهداية (٤٦/٧) : «وإن تكاذبا فى النية يحكم النقد بالإجماع»»

(راجع أيضا نتائج الأفكار ٤٦/٧ والبحر الرائق ١٦١/٧ وحاشية ابن عابدين ٥١٨/٥)

٣ ـ راجع أيضا نتائج الأفكار ٤١/٧ والبحر الرائق ١٥٨/٧)

الذى أتى به لا يصلح للآمر ؛ لأن الحج عن الآمر لا يتصور إلا إذا عين للآمر وأراده بقلبه.

ألا ترى أن الآمر وإن عين له السنة وقع مطلق الحج عن المأمور. فالإرادة للآمر فيه شرط(١) . وههنا ليس بشرط، فإن الآمر إذا عين وقع له الشراء بمطلقه من غير إرادة له. وكذلك العبد إذا اشترى نفسه من مولاه لم يقع للآمر إلا إذا أضاف إليه. فأما مطلقه فيكون إعتاقا بمال ولا يصلح لولاية الوكالة بحال.

- * -

١ ـ راجع أيضا المسلك المتقسط ص ٢٨٨

مسـألة

[الخلاف فى ملك الوكيل بالبيع بما قل أو كثر وبالنقد أو بالنسيئة]

الوكيل بالبيع على الإطلاق يملك البيع بما عز وهان وبأى ثمن كان حالا وبزمان.

وقال أبو يوسف ومحمد : لايملك إلا بدراهم ودنانير بما يتغابن الناس فيه.(١)

وقال الشافعى : لايملك إلا نقدا بدراهم ودنانير(٢) ؛ لأنه أمره ببيع مطلق. والمطلق بيع بثمن. فأما بعرض آخر فبيع من وجه، والمطلق منه الحال. فأما الأجل فلا يثبت إلا بشرط زائد، فلا يملك الوكيل إلا بشرط زائد.

ولأبى يوسف ومحمد : إنه أمره بالبيع ولم يقيده بصفة. والحال والنسيئة صفتان فلا يتقيد شىء منها إلا بدليل زائد يوجب التقيد. كما إذا أمره بشراء عبد بألف، لا يتقيد بذلك بعبد / تركى أو هندى أو صغير أو كبير. [٣٧٧ب]

والبيع اسم لتمليك عين مال بثمن. فإذا أتى بهذا العقد صار مؤتمرا.

ألا ترى أنه يملك البيع بشرط الخيار ؛ لأنه بيع، كذلك وإن كان الخيار لا يثبت إلا بشرط زائد. إلا أنا لم نجوز البيع بمحاباة(٣) فاحشة وإن كان معا على الحقيقة لأحد وجهين :

١ ـ يرجع للمسألة إلى الهداية ٧٢/٧ والدر المختار ٥٢٢/٥ وتحفة الفقهاء ٢٣٤/٣ والمبسوط ٣٦/١٩، والبحر الرائق ١٦٧/٧

٢ ـ الاصطلام ١٣٦/٢ب والمهذب ٣٦١/١ ومغنى المحتاج ٢٢٣/٢ـ٢٢٤

٣ ـ المحاباة : فى اللغة : إعطاء الشىء بغير عوض، من حبوت الرجل حباء (الصحاح ٢٣٠٨/٦ ولسان العرب ١٦٢/١٤)
والبيع بمحاباة : هو بيع شىء بأقل من قيمته إكراما للمشترى
سبق تعريف المحاباة فى ١/ ٢٠١

إما تخصيصا بعرف التجار، كما لا يملك الوكيل بشراء الفحم أن يشترى فى الصيف للعرف.

وإما ؛ لأن المحاباة الكثيرة لها حكم الهبات حتى إذا كانت فى المرض اعتبرت من الثلث. ولم يملكها إلا من يملك الهبة(١) . فلم يتمحض حينئذ بيعا، بل كان هبة من وجه كالوكيل بالشراء لايملك الشراء بزيادة فاحشة، ولا (بغير)(٢) الدراهم والدنانير.

وكذلك الوصى والمضارب(٣) لا يملكان البيع بمحاباة فاحشة.

وكذلك الوكيل بشراء الطعام لا يملك شراء غير الحنطة ودقيقها بدلالة العرف.

ولأبى حنيفة : أنه أمره ببيع هذا العبد، وإنه اسم لتمليكه بمال. فإذا جاء بهذا الوصف صار مؤتمرا، ولم يتقيد الإئتمار ببيع بمال معين أو بمقدار معين ؛ لأن صاحبه لم يقيده. والتغليق زيادة عندنا يجرى مجرى النسخ لا التخصيص على ما بينا فى رقبة الكافرة عن اليمين والظهار(٤) .

ألا ترى أنه لو حلف : لا يبيعه فباعه بثمن قليل أو عرض حنث فى يمينه، ولا يحنث فى اليمين إلا بما يتعارف بيعا لسانا.

وأما قولهم : «هذا شراء من وجه» فغير قوى ؛ لأنه أمر ببيع العبد، والأمر صح

١ ـ راجع أيضا المبسوط ٣٦/١٩

٢ ـ فى نسخة (ب) : «يصير»

٣ ـ راجع لتعريف الوصى ٩١/١ والمضارب ١٨٢/١، ٢٧١/٣

٤ ـ راجع مسألة : قال علماؤنا رحمهم الله فى كفارة اليمين تحرير رقبة مطلقة وكذلك فى الظهار. (لوحة ٣٠١ ب وما بعدها من نسخة سراى أحمد الثالث)
راجع أيضا تحفة الفقهاء ٣٤٣/٢ والهداية ٩٤/٤ وما بعدها، و ٣٦٥/٤

لتناوله عبده، وإنه لا يسمى مشتريا فى تمليكه العبد بل يسمى بائعا لا (محالة)(١) ، وإنما يسمى مشتريا لبدله، وذلك لم يدخل تحت الأمر، وإنما ثبت ضرورة أن البيع لا يكون إلا ببدل، فلا يصير مخالفا أو موافقا فيما لم يؤمر به إلا أن يسمى شيئا يخرج جانب الأمر من أن يكون مبيعا، وبهذا البدل لا يخرج هذا الجانب عن البيع فلم يعتبر ذلك الخلاف،

وأما قولهم : «إن العرف بخلاف هذا» فلا كذلك ؛ لأن التاجر يتعارف بيع ما يساوى درهما بألف لو ظفر، ويتعارف شراء ما يساوى ألفا بدرهم إلا أنه لا يجده، وعدم الاستعمال للعجز لا يخص الاسم،

ألا ترى أن الشراء ما وضع إلا للربح، فزيادة الربح لأحدهما لا يخرجه عن موضوعه، ألا ترى أن البيع بدنانير يجوز (فى بلد لايكون نقدهم)(٢) ذلك، ولا يتعارف،

وأما قولهم : «إن المحاباة تعتبر هبة حكما» فلا تعتبر هبة حكما لشىء من المبيع الذى تعلق به الأمر، بل تعتبر هبة للثمن،

ألا ترى أن المريض إذا حابا ومات ولم يخرج من الثلث، قيل للمشترى : إما أن يزيد إلى الثلث(٣) وإما أن يرد، ولا يلزمه رد بعض المبيع حتما،

ولا يلزم الوصى(٤) ؛ لأنه أمر ببيع فيه صلاح اليتيم، وذلك ببيع رابح أو غير

١ ـ فى نسخة (ب) : «بحاله»

٢ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «فى بلدنا نقدهم» والإثبات من مقابل نسخة (ب)

٣ ـ أى أن يزيد المشترى فى الثمن حتى ينزل قدر ما حاباه إلى قدر يخرج من ثلث التركة،

٤ ـ احتراز عن بيع الوصى بغبن فاحش فإنه لا يجوز، أشار المؤلف رحمه الله بأن الوصى مأمور ببيع فيه صلاح اليتيم أى أنه مقيد بذلك، وذلك عملا بقوله تعالى : ﴿ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده...﴾ سورة الأنعام ـ١٥٢ وسورة الإسراء ـ٣٤ (العناية ٤٣٢/٩ والبحر الرائق ٤٦٧/٨)

خاسر يقينا فصار مأمورا ببيع بصفة لا بمطلق البيع.

ولا يلزم الوكيل بالشراء، فإنه لا يملك الشراء بعين الثمن من مكيل غير عين فى الذمة ؛ لأن الأمر بالشراء لا يصح لمكان السلعة - لأنها ملك الغير، وأمره(١) إنما يصح فى ملك نفسه - بل يصح لمكان الذمة ؛ لأنها مملوكة للآمر. فكأنه (أمره)(٢) باستيجاب شيء فى ذمته ثمن ما أمره بشراءه. وإن كان أمرا بالتصرف فى ذمته فإذا اشترى سلعة عين صار مخالفا.

ولأن الأمر لما صح إيجابا فى الذمة وما يجب فيه غير مذكور لينظر إلى عمومه.

وإنما ثبت مقتضى الشراء والمقتضى يثبت ضرورة. والضرورة ترتفع بما هو ثمن، فلم يدخل تحته. وصار الثمن أولى من غيره ؛ لأن الثمن هو المستوجب فى الذمم بالمعاوضات عرفا وشرعا.

فأما السلع فمحل لتعليق (المقصود بها)(٣) على ما بينا فى كتاب الصرف(٤) فى أن الأثمان لا تتعين فى عقود المعاوضات بخلاف السلع.

فأبو حنيفة فرق بين الأمر بالبيع وبين الأمر بالشراء وجعل لكل جانب حكما خاصا.(٥)

١ ـ أى بيعه وشراءه بالقليل والكثير وبالنقد أو النسيئة

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٣ ـ فى نسخة (أ) : «المعقود بها»

٤ ـ راجع ص : ١٥١

٥ ـ بحيث أن الوكيل بالبيع يملك البيع بغبن فاحش بخلاف الوكيل بالشراء فإنه لا يملك. قال فى كنز الدقائق (١٦٧/٧-١٦٨) : «ويصح بيعه - يعنى بيع الوكيل - بما قل وكثر وبالنقد أو النسيئة وتقيد شراؤه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها. وهو: ما يدخل تحت تقويم =

وهما(١) سويا(٢) وقالا : البيع لا يتم إلا بالشراء والشراء لا يتم إلا بالبيع.

فأما الوكيل بالشراء إذا اشترى بزيادة فاحشة لزمه اذا لم يكن وكيلا بشراء شيء بعينه ؛ لأنه يملك الشراء لنفسه، فاتهم أنه اشتراه لنفسه. فلما لم يوافقه أظهر أنه اشتراه لموكله فلم يصدق.

ولأن هذه الحالة لما كانت حالة تهمة لم يتصرف الوكالة المبنية على الأمانة إلى موضع التهمة على أصل أبى حنيفة كما قال فى الوكيل بالبيع : لا تملك البيع ممن لا يجوز شهادته له(٣) حتى إذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه ملك الشراء بزيادة فاحشة ؛ لأنه لا يملك الشراء لنفسه فلا يتهم. وانصرف الوكالة إليه فلم ينحجر بالعين كالوكيل بالبيع.

وكذلك الوكيل بالتزويج إذا زوج امرأة بزيادة فاحشة نفذ عند أبى حنيفة.

وكذلك من جانب المرأة إذا زوج من غير كفء ؛ لأنه غير متهم فى العقد لنفسه.

ثم الإظهار لغيره لدفع الضرر، وكذلك الوكيل بالشراء بمائة إذا اشترى عبدا أعمى يساوى مائة درهم، لم يجز عندهما بناء على العرف.

= المقومين»، إن أئمة الحنفية متفقون على أن الوكيل بالشراء لا يملك الشراء بغبن فاحش فأما القول فى التوكيل بالبيع فهو عند أبى حنيفة رحمه الله كما هو مذكور. (راجع العناية ٧٤/٧ والبحر الرائق ١٦٧/٧-١٦٨ وحاشية ابن عابدين ٥٢٢/٥)

١ ـ أى أبو يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله

٢ ـ أى سويا بين الأمر بالبيع وبين الأمر بالشراء

٣ ـ كالأب والجد والولد وولد الولد والزوجة

راجع المسألة الكتاب للقدورى ١٤٦/٢-١٤٧ والهداية ٦٩/٧ والدر المختار ٥٢١/٥

وعند أبى حنيفة يجوز بناء على الحقيقة(١) بخلاف المضارب إذا اشترى قريب رب المال(٢) لم يصح ؛ لأن المضاربة عقد تجارة وشراء /القريب لا يصلح [٣٧٨أ] للتجارة، فصار مخصوصا بلفظ المضاربة الموضوعة للبيع بعد الشراء لطلب الربح.

وكذلك العبد المأذون على أصل أبى حنيفة يملك البيع والشراء بما لا يتغابن الناس فى مثله(٣) ؛ لأنه فى الحالين يشترى لنفسه ويبيع لنفسه، فلا يصير متهما بما قلنا فى الوكيل بالشراء(٤) ، فبقى العبرة لنفس العين، فلا يحجره ولا يقيد الإذن بتجارة رابحة أو غير خاسرة بالعرف ؛ (لأن)(٥) صاحبه لم يقيده.

وعندهما يتقيد بالعرف.(٦)

فهذه مسائل كلها من باب واحد.

- * -

١ ـ راجع أيضا المبسوط ٣٩/١٩ وتحفة الفقهاء ٢٣٣/٣

٢ ـ راجع اللباب فى شرح الكتاب ١٣٣/٢ والهداية ٤٢٦/٧

٣ ـ أى بغبن فاحش

٤ ـ راجع أيضا تحفة الفقهاء ٢٨٨/٣

٥ ـ فى نسخة (ب) : «لا»

٦ ـ راجع تحفة الفقهاء ٢٨٨/٣

مسـألة

[الخلاف فى حكم بيع الوكيل ممن لا تجوز شهادته له]

الوكيل ببيع عين إذا باع ممن لا تجوز شهادته(١) (له)(٢) لم يجز عند أبى حنيفة.

وقالا(٣) : يجوز(٤) إلا بغين فاحش.(٥)

وأما المضارب فيجوز بيعه من هؤلآء بلا خلاف إلا أن يحابى قليلا(٦) ، فلا يجوز عند أبى حنيفة.

وعندهما : يجوز.

وكذلك الوصى بمنزلة المضارب

وجه قولهما : أن الأملاك بينهما منفصلة، فيجوز التبايع بينهما بحق الوكالة قياسا على الإخوة.

١ ـ كأبيه وجده وولده وولد ولده وزوجته وعبده ومكاتبه. صرح بذلك القدورى فى مختصره المعروف بالكتاب (راجع ١٤٦/٢-١٤٧)
راجع أيضا المبسوط ٣٢/١٩)

٢ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

٣ ـ أى أبو يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله.

٤ ـ هما يستثنيان من ذلك بيع الوكيل من عبده ومكاتبه ويعللانه بأنه بيع من نفسه ؛ لأن ما فى يد العبد للمولى، وكذا له حق فى كسب المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز. (اللباب فى شرح الكتاب ١٤٧/٢ والمبسوط ٣٢/١٩ والهداية ٦٩/٧)

٥ ـ يرجع للمسألة إلى الهداية ٦٩/٧ والدر المختار ٥٢١/٥ والمبسوط ٣٢/١٩ واللباب فى شرح الكتاب ١٤٦/٦-١٤٧

٦ ـ قيد المحاباة بالقليل ؛ لأن بيعه بالكثير ممن لا تجوز شهادته له لا يجوز بلا خلاف وأما بيعه منهم بأكثر من القيمة وشراؤه منهم بأقل من القيمة فيجوز بلا خلاف أيضا. (نتائج الأفكار ٧٠/٧ والعناية ٧١/٧)

وهذا ؛ لأن الملك لما انفصل بينهما والبيع عقد وضع لتمليك العين، لم يقع بذلك العقد ملك العين لو بوجه، فلم يصر بائعا إلا من غيره، فيجوز ؛ لأنه ما أمر إلا به بخلاف البيع من المكاتب ؛ لأن ملكه للمولى من وجه، فكذلك البيع منه(١) فلم يجز ؛ لأنه أمر بالبيع من غيره.

ألا ترى أنه وإن زاد فى الثمن لم يصح، وههنا يصح.

وكذلك المضارب يملك البيع (منهم)(٢) إذا لم يحاب(٣) ، وإنه وكيل بالبيع.

ولأنه لما ملك البيع منهم بلا محاباة بحق الأمر لم يحجر بالغبن القليل كما فى حق الأجنبى بخلاف العبد المديون يبيع من مولاه بلا محاباة، ولايملك بمحاباة ؛ لأنه لا يملك البيع منه بحق الإذن من الغرماء، فلأنه لم يوجد منهم إذن، بل لأنه لم يضر بهم بذلك البيع شيئا، إذ حقهم فى المعنى لا العين، ولم ينتقض بالبيع بالمثل شىء من المعنى.

فإذا حابا وإن قل فقد أضر فجاء الحجر، فأما هذا يملك بحق الأمر بالبيع الذى هو بيع عرفا وبالغبن القليل لا يخرج عن مطلقه ولا يأخذ أحكام الهبات على ما مر ، فيبقى تحت الأمر.

١ ـ أى بيع الوكيل من مكاتبه.

٢ ـ فى نسخة (ب) : «متهم»

٣ ـ قال فى نتائج الأفكار تكملة فتح القدير (٧/٧٠) : «وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند أبى حنيفة.

وبيعه منه بأكثر من القيمة وشراؤه منه بأقل من القيمة يجوز بلا خلاف.

وبمثل القيمة يجوز عندهما، وكذلك عند أبى حنيفة باتفاق الروايات.»

إلا أن أبا حنيفة يقول : الوكالة مبناها على الأمانة، وهو(١) متهم فى حق هؤلآء. ولهذا لم تقبل شهادته لهم كأنه شهد لنفسه لإيصال المنافع بينهم، فلم تنصرف الوكالة إليه إلا أن تزيل التهمة بزيادة الثمن.

ولا يلزم بالبيع للربح، وذلك بعموم (التجارات)(٢) مرة بعد أخرى، ومع كل إنسان، فدخل تحته كل أحد يرجى منه ربح إلا أن يحابى قليلا، فيتهم أنه حابا لقربهم لا لقصور فى التجارة فينحجر بالتهمة لا بالغبن.

وكذلك الوصى بمنزلة المضارب.

فأما الوكيل ببيع شىء بعينه فما ملك إلا بيعا واحدا(٣) ، وإنه لا يقع مع العموم فلم يدخل تحته من يتهم فى جانبه إلا إذا جاء بما يزيل التهمة.

وهذا كما قال أبو حنيفة : إن الوصى لا يملك بيع ماله من اليتيم إلا إذا نقص من الثمن شيئا ، ولا أن يشترى ماله لنفسه إلا إذا زاد قليلا ؛ لأنه متهم فى حقه بخلاف الأب، فلا يلتحق به إلا إذا جاء بما يزيل التهمة من الوجه الذى قلناه.

- * -

١ ـ أى المضارب

٢ ـ فى نسخة (ب) : «التجارة»

٣ ـ قال فى نتائج الأفكار (٧/٧٠) : «فإن قيل : ما وجه الفرق لأبى حنيفة(رح) بين المضارب والوكيل حيث جوز بيع المضارب من هولآء بمثل القيمة ظهر الربح أو لم يظهر مع أن له قبل ظهور الربح حكم الوكيل.؟

أجيب بأن وجهه : أن المضارب أعم تصرفا من الوكيل، فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه. وقد يكون نائبا محضا فى بعض الأحوال.

فلشبهه بالمستبد بالتصرف جاز تصرفه مع هؤلآء بمثل القيمة،

ولشبهه بالنائب لم يجز تصرفه معهم بغبن يسير.

فأما الوكيل فنائب محض فى تصرف خاص فيكون متهما فى تصرفه مع هؤلآء وإن كان بمثل القيمة.» راجع أيضا العناية ٧/٧١-٧٢)

مسـألة

[الخلاف فى حكم توكيل المسلم الذمى بشراء الخمر أو الخنزير]

المسلم إذا وكل ذميا بشراء الخمر أو الخنزير أو بالبيع صح ويصدق الثمن إذا باع، وإذا اشترى خلّل(١) الخمر وسيب(٢) الخنزير.(٣)

وقالوا (٤) : لايصح التوكيل(٥) لما ذكرنا فيما مضى(٦) أن الوكيل نائب عن الآمر فى تمليك السلعة أو الثمن، فيصير الآمر كأنه فعل بنفسه، وإنه ممنوع من تمليك الخمر وتملك ثمنها أو تملك الخمر شرعا.

ألا ترى لو وكل المسلم مجوسيا فى تزويج مجوسية لم يصح(٧) ، وكذلك الوكيل لو كان عبدا أو صبيا كافرا محجورا عليه لم يصح لهذا المعنى بخلاف المسلم يأذن لعبده النصرانى فيشترى الخمور فيصح؛ لأنه ليس بنائب عنه بوجه، بل

١ ـ أى جعلها خلا، يقال : خللت النبيذ تخليلا : أى جعلته خلا. والخل : ما حمض من عصير العنب وغيره.
سمى الخل بذلك ؛ لأنه اختل منه طعم الحلاوة.
يقال : اختل الشيء : إذا تغير واضطرب.
(لسان العرب ٢١١/١١ والمصباح المنير ١٨٠/١)

٢ ـ أى - تترك. قال فى لسان العرب (٤٧٨/١) : «سيب الشيء : تركه وسيب الدابة، أو الناقة أو الشيء : تركه يسيب حيث يشاء.»

٣ ـ وذلك عند أبى حنيفة رحمه الله (المبسوط ٢١٦/١٢ والهداية ٧٤/٦)

٤ ـ أى أبو يوسف ومحمد بن الحسن ومن ذهب إلى قولهما، وهو قول الإمام مالك والشافعى وأحمد بن حنبل رحمهم الله (راجع المنتقى للباجى ١٥٨/٣ وكشاف القناع ٤٧٢/٣ والمغنى ٢٤٧/٤)

٥ ـ يرجع للمسألة الى المبسوط ٣٠٠/١٢-٣١٧ والدر المختار ٥١١/٥،٨٣/٥ والهداية ٧٤/٦-٧٥)

٦ ـ راجع ص : ١١٣

٧ ـ راجع أيضا المبسوط ٢١٦/١٢)

هو بمنزلة المكاتب إذا اشترى ثم عجز، على ما عرف فى المأذون، ولا يلزم الوكيل بشراء شيء بعينه، فإنه لا يملك الشراء لنفسه، ولو أمر غيره بالشراء له صح ؛ لأنه غير ممنوع عن تملك ذلك العين شرعا، فإنه لو اتهب صح أو اشترى بثمن كثير صح، بل قبوله أمره بالشراء له، (جعل فى الشرع مانعا وقوع المأمور به إلا على جهة الأمر، وهو أنما قبل أمره بالشراء له)(١) (لا الأمر بالشراء،)(٢)

فأما ههنا فممنوع عنه لمكان أنه خمر، وما أمر إلا بتمليك الخمر أو تملكه، فكان ممنوعا أيضا لبقاء العلة، فإن شراءه كما لا يستغنى عن المحل فكذا الأمر بالشراء لا يستغنى عن محل يصلح للآمر،

ولأبى حنيفة : إن هذا الوكيل يملك هذا الشراء أو البيع لنفسه، فملكه للمسلم قياسا على سائر الأموال، وهذا لما ذكرنا أن الوكيل بالبيع والشراء ليس بنائب فى نفس العقد وحقوقه، بل هو بمنزلة العاقد بحق الملك، حتى إذا حلف لا يبيع هذا الشيء أو لا يشتريه، فأمره ببيعه أو بشرائه فجعله الوكيل لم يحنث، ولما مر أن الحقوق تثبت للعاقد وعليه(٣) ،

وإذا لم يصر الوكيل ثابتا فى نفس العقد لم يعتبر لصحته حال الآمر، بل اعتبر حال العاقد،

فأما الجواب عن قولهم : «إنه نائب فى ملك المبيع أو الثمن» فكذلك، لكن/ [٣٧٨ب] لما صار فى تولى العقد مالكا غير نائب صح، ثم صار الملك يثبت بعد ذلك للآمر لا بالمعاقدة والتصرف، فإنه(٤) لم يتصرف بنفسه ولا صار غيره فى التصرف

١ ـ ما بين القوسين تكرر فى نسخة (أ)

٢ ـ وغير موجود فى نسخة (ب)

٣ ـ راجع ص : ١٤٣

٤ ـ أى الآمر

نائبا عنه، بل يثبت(١) حكما لامتناع الوقوع للمتصرف بمعنى النيابة فى أصل الملك،

والمسلم من أهل أن يملك الخمر حكما شرعا كما فى الإرث(٢) ، فملك عقد سبب يوجب له الملك حكما لا كسبا، وكما يأذن لعبده النصرانى فى التجارة فيشترى له الخمور، فإنه يملك الخمر، وإذا مات العبد طولب بثمنها بخلاف ما إذا كان الوكيل محجورا عليه ؛ لأنه يصير نائبا عن الآمر فى نفس التصرف، والمسلم ممنوع عن التصرف فى الخمر،

فالذى قاله أبو حنيفة قياس صحيح، وما قالاه احتياط(٣) ،

ولهما هذه الاحتياطات فى باب الخمر، فإنهما كرها بيع العصير ممن يتخذ خمرا احتياطا،

١ ـ أى يثبت الملك للآمر،

٢ ـ أى ينتقل ملكية الخمر بالإرث إليه، قال فى الكفاية (٧٥/٦) : «والموكل أهل لانتقال ملك الخمر إليه إرثا،

وصورة الإرث بأن أسلم النصرانى وله خنازير وخمور،

ومات قبل تسييب الخنازير وتخليل الخمر، وله وارث مسلم يملكها،»

٣ ـ قال فى المبسوط (٢١٦/١٢) بعد ذكر قولهما : «وهذا منهما نوع استحسان»

وأخذ أكثر العلماء قولهما، وهو الأظهر فى المذهب

(الدر المختار ٨٣/٥ وفتح القدير لابن الهمام ٧٦/٦)

وقد روى عن أبى حنيفة أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة، وهى المصطلح عليها بكراهة تحريم عند الحنفية،

ولذا، لايطيب أن ينتفع بالثمن فى البيع فى هذه الوكالة، وتخلل الخمر أو تراق ويسيب الخنزير فى الشراء،

(العناية ٧٥/٦ وفتح القدير لابن الهمام ٧٦/٦ والبحر الرائق ٨٤/٦ وحاشية ابن عابدين ٨٣/٥)

وأفسد الإجارة على نقل الخمر احتياطا(١) ،

وجوز أبو حنيفة ذلك كله(٢) وبخلاف الوكالة فى باب النكاح فإن المعتبر

١ ـ اعتبارا بأن نقلها إعانة على المعصية وقال عز وجل : ﴿وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان، واتقوا الله إن الله شديد العقاب﴾ سورة المائدة ـ ٢
(الكفاية ٤٩٣/٨)

٢ ـ لكون المعصية لا تقوم بعينه فى بيع العصير بل بعد تغيره، والعقد قد تم قبل ذلك بأركانه، وأما فى الإجارة على نقل الخمر، فإن النقل ليس بمعصية، بل المعصية شرب الخمر ، وهو فعل فاعل مختار، وليس الشرب من ضرورات النقل ولا النقل من ضرورات الشرب ؛ لأن النقل قد يوجد لأغراض أخرى مثل التخلل والإراقة،
(الكفاية ٤٩٣/٨ وتكملة البحر الرائق ٢٠٢/٨، ٢٠٣)

والذى يطمئن القلب إليه هو قول الإمامين أبى يوسف ومحمد بن الحسن، وبه قال جمهور الفقهاء، منهم الإمام مالك والشافعى وأحمد بن حنبل ـ رحمهم الله،
(راجع المنتقى للباجى ١٥٨/٣ ومغنى المحتاج ٣٧/٢ وكشاف القناع ١٨١/٣ والمغنى لابن قدامة ٢٤٥/٤

وفي ذلك حديث ابن عمر رضى الله صريح البيان قال :
قال رسول الله ﷺ : «لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة إليه» أخرجه أبو داود ـ فى الأشربة / باب العنب يعصر للخمر (٢٦٠/٥)
وابن ماجة ـ فى الأشربة / باب لعنت الخمر على عشرة أوجه (١١٢١/٢-١١٢٢)
والحاكم فى المستدرك ـ فى البيوع / باب أن الله لعن الخمر وعاصرها» (٣١/٢)
وحديث أنس بن مالك رضى الله عنه قال : لعن رسول الله ﷺ فى الخمر عشرة : عاصرها ومعتصرها وشاربها وحاملها والمحمولة إليه وساقيها وبائعها وآكل ثمنها والمشترى لها والمشتراة له»
أخرجه الترمذى ـ فى البيوع / باب النهى أن يتخذ الخمر خلا (٥٨٩/٣)
وابن ماجة ـ فى الأشربة / باب لعنت الخمر على عشرة أوجه (١١٢٢/٢)
وحديث ابن عباس ـ رضى الله عنهما ـ يقول : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «أتانى جبريل فقال يامحمد! إن الله لعن الخمر» الحديث». أخرجه الحاكم فى المستدرك ـ فى البيوع (٣١/٢)
وقال الحاكم : «هذا حديث صحيح الإسناد وشهده حديث عبدالله بن عمر ولم يخرجاه»
ووافقه على ذلك الذهبى،

جانب الآمر ؛ لأن الوكيل نائب فى اصل العقد.

ألا ترى أن المسلم إذا وكل مجوسيا يتزوج مسلمة، صح، وإن لم يكن الوكيل من أهله. وههنا الذمى إذا وكل المسلم ببيع خمره أو خنزيره أو الشراء له لم يصح ؛ لأن الوكيل ليس من أهله لنفسه أو خنزيره أو الشراء له لم يصح ؛ لأن الوكيل ليس من أهله لنفسه فلم يصح وكيلا لغيره.

وشبهتهما فى أن الوكيل نائب فى التمليك (قوية)(١) ، ولا إشكال فى الوكيل بالبيع أنه نائب عن الآمر فى تمليك ماله.

وكذلك الشراء.

ألا ترى أن النصرانى اذا اشترى خمرا ثم أسلم لم يملك القبض لما فى القبض مشابهة بالعقد، فإن ملك العين قبل ذلك.

وكذلك على قولهما : امرأة الذمى إذا أسلمت ومهرها خمر عين غير مقبوضة لم تملك القبض ؛ لأن الملك يتأكد بالقبض فأشبه أصل الملك.

- * -

تم الكتاب بحمد الله ومنه، وصلى الله على سيدنا (محمد المصطفى خاتم النبيين وعلى آله أجمعين.)(٢)

❊ ❊ ❊

١ ـ فى نسخة (أ) و (ب) : «قوله»

٢ ـ المكتوبة فى نسخة (أ) بدل ما بين القوسين : «المصطفى خاتم النبيين محمد وآله أجمعين.»

كتاب الصـــرف

كتاب الصـــــــرف(١)

بسم الله الرحمن الرحيم

الدراهم والدنانير لا يتعينان فى عقود المعاوضات(٢) عندنا.

وعند زفر والشافعى : يتعينان(٣) ؛ لأنها عينت للاستحقاق بعقده فتعين قياسا على الهبة والوصية والقرض.

وهذا ؛ لأن التعين وجد من مالكه، وهو تصرف مفيد فى ملكه الخالص له بلا حجر عليه.

فإن المسألة معينة فى رجل غير محجور عليه ودراهم هى خالص ملكه بحيث لو كانت سلعة ليفيد منه تعيينه، أو كان مكان البيع هبة.

١ ـ الصَّرْف :

* فى اللغة : الفضل والتَّقَلُّب.

يقال : لهذا صرف على هذا : أى فضل

وصرفت الصبيان : أى قلبتهم

والصرف ـ أيضا ـ : جعل الشىء من جهة إلى جهة، ومنه : تصريف الرياح.

واسم الفاعل من الصرف : صَيْرَفِي وصَيْرَف.

وصراف : للمبالغة، وهو من يعرف الفضل ويميز الجودة.

(الصحاح ١٣٨٦/٣ ولسان العرب ١٨٩/٩، ١٩٠، ١٩١ والمصباح المنير ٣٣٨/١ والمغرب ٤٧٢/٢)

* وفى الشرع : هو بيع ما من جنس الأثمان بعضها ببعض.

واشتهر تعريفه أيضا بأنه : بيع الدين بالدين أو هو بيع الثمن بالثمن.

(الكتاب للقدورى ٤٧/٢ فتح القدير لابن الهمام ٢٥٨/٦ الدر المختار ٢٥٧/٥ التعريفات للجرجانى ص :١٣٢ بدائع الصنائع ٢١٥/٥)

٢ ـ كالبيع والإجارة

٣ ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢٣٣/٥ والدر المختار ٥٢٩/٥ والبحر الرائق ١٩٣/٦ والاصطلام ٩٢/٢ ب، وروضة الطالبين ٥١٣/٣

وإنما قلنا : «مفيد» أما المشترى فلفائدة أن يتعلق الوجوب بالدراهم لا فى الذمة حتى إذا هلكت قبل التسليم بطل العقد، ولم يطالب بدراهم أخر لا يجدها، فتبقى فى عهدة المطالبة. وإنه فائدة عظيمة.

ألا ترى أنه لو دفع دراهم الى رجل ليشترى له بها ثوبا ذكره صح.

وتعلق الوكالة بالدراهم حتى ينعزل(١) بهلاكها، وإن كانت الوكالة تصح بتسمية دراهم مطلقة ؛ لأن التعيين أفاد ما ذكرنا : وهو أن يشترى بتلك الدراهم العين، فلا تشتغل ذمته بالدين، ولا يبقى له تصرف عليه بعد الهلاك.

وأما البائع فيستفيد بالتعيين بعين حقه. فإن العين خير من الدين لا محالة. اذا لا مقصود يحصل من الدين إلا إذا تعين بالقبض.

ولأنها اذا تعينت صار أولى بها من سائر الغرماء لو مات الرجل أو أفلس قبل التسليم.

وكذلك اذا هلكت العين عاد حقه إلى المبيع، ولا يبقى فى دين عسى يتوصل إليه أم لا.

ولأن البيع منزه عن الغرور. والغرر يقل بالتعيين، فيكون فيه تأكيد ما يبتنى عليه جواز البيع. فيكون من أعظم الفوائد. وكانت الدراهم بمنزلة المكيلات والموزنات من غير الأثمان. فإن الشراء بها جائز ديونا فى الذمة. وإذا عينت تعينت للعلة التى ذكرناها. وإن كانت فى أصل الخلقة من ذوات الأمثال وكان المعنى ومثله من جنسه سواء فى المالية كالدراهم، لا فرق بينهما.

١ ـ أى ينعزل الوكيل.

أو نقول : إن المعاوضة ترد على العين فيتعين به الدراهم قياسا على الشركة والمضاربة والوكالة.

أو (نقول)(١) : إنها أحد عوضى البيع فيتعين بالتعيين قياسا على المثمن.

ولأن مقاصد الأموال إنما يحصل إذا تعينت. وهذه الأبدال التى هى أموال إذا وجبت بعقودها من المعاوضات ديونا فلا تجب إلا لغرض التعيين بالقبض. وكان ذلك نهاية حالها، فاستحال أن لا يتعين. وفيه تتميم ما طلب منها بالإيجاب. بل كان القياس الأصلى أن لا يجب إلا بعقد التعيين. حق إذا كانا دينين دخل تحت النهى. ولكن سوهل فجوز دينا لقلة التفاوت بين عين وعين من ذلك النقد لكونها من ذوات الأمثال أو لحرج يلحق الناس فى التحريم إلا بعد تعيين الثمن.

ولما كان الجواز دينا لمعنى المساهلة والتيسير كان البناء على التعيين أخذا بالثقة والاحتياط، فلم يجز أن لا يكون صحيحا شرعا. بل يجب أن يكون أولى بالجواز كما قيل فى المكيلات والموزنات بخلاف الأعيان المتفاوتة وصفا. فإنه ضيق فيها ولم يبين الجواز إلا على التعيين لتفاوت يحصل بين العين. والعين من ذلك النوع (ولم / يجز)(٢) دينا إلا رخصة سلما. [٣٧٩أ]

وإذا كان كذلك لم تثبت المخالفة بين الأثمان والمثمنات(٣) فى الأصل. وكيف تثبت وكلها أموال لا تثبت التجارات إلا بها.

١ ـ فى نسخة (ب) : «يقول»

٢ ـ فى نسخة (أ) : «ولم يجز»

٣ ـ المُثْمَنات : جمع المُثْمَن. وهو : المبيع

(المصباح المنير ٨٤/١)

سبق تعريف الثمن فى ١/ ٨٢

وهو بناء الجواز على العين، ثم النقل إلى ما يجب فى الذمة لمعنى عارض من ضرورة داعية الى بيع ما فى الذمة فى المثمنات لعدم الحضرة فى يده أو ثبوت مساواة بين العين ومثله لعدم التفاوت بينهما خلقة، فلم يتكلف للتعيين فى طلبها، وجوز دونها حكما لسقوط التفاوت.

وأما علماؤنا الثلاثة(١) فإنه يحتج لهم بأن شرط التعيين باطل إلا من حيث بيان نقده وقدره بالإشارة إليه ؛ لأنه شرط تبدل حكم العقد على ما عليه أصله فى الشرع، وهو مفيد على ما ذكرت، والبيع بمثل هذا الشرط لا يصح.

فلما صح مع شرط التعيين علم أنه صار كناية عن بيان العقد الذى لا يوجب للعقد فى بيانه ؛ لأن العقد يصح بكل نوع مال لا يوجب له فى نوع خاص، بل ذلك إلى المتعاقدين، وكذلك القدر.

وأما سائر المعاوضات التى لا تبطل بالشروط الفاسدة، فإنه يصح على ما عليه حكمها ويبطل للشرط بخلافها، ولا إشكال فى هذه الجملة، وإنما الإشكال فى بيان أنه شرط بخلاف موجب العقد.

وبيانه : أن الله تعالى أباح التجارة عن تراض(٢) ، ولم يقيد(٣) بشرط تعيين الثمن، فلا يراد إلا بدليل آخر، وصار الجواز مطلقا شرعا بيانا : أن الشراء - الذى هو أصل فى الوضع - ما ظهر بالتعامل به فى الأسواق، فإن العادة إنما تجرى بما هو أصل عند المتعاملين، لا بما صار إليه لعارض، بل ذلك يتقدر بتقدر العارض

١ ـ يعنى أباحنيفة وأبايوسف ومحمد بن الحسن رحمهم الله

٢ ـ بأن قال عز وجل : ﴿ ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم، ولا تقتلوا أنفسكم، إن الله كان بكم رحيما﴾

(سورة النساء - ٢٩)

٣ ـ أى لم يقيد الجواز والصحة.

والعادة الجارية فى الشراء فى جميع الأسواق إذا كان بدراهم أو دنانير أن يشترى السلعة بعد تعيينها بدراهم غير معينة مع كون النقد حاضرا مع المشترى أو موضوعا بين أيديهما، فعلمنا أنه الأصل فى الباب، والشرع قررهما على هذا،فلم يرو النهى عن مثله فى الباب، ولو كان هذا الوضع باطلا فى أصل الشرع، وكان بحيث لا يجوز إلا بعذر النهى، واستثنى حال العذر، ليتبين لنا جهة فساده من جوازه كما جعل فى جانب المبيع، فإن الأصل فيه لما كان فى الشرع بأن لا يجوز إلا عينا مملوكا،

وبلغ النبى عليه السلام - أنهم يبيعون ما ليس عندهم ثم يشترون فيسلمون، نهاهم على ما روى : «أن النبى عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان»(١)

ثم لما بلغته حاجتهم لضرورة العدم إلى بيع ما ليس عندهم (رخص فى السلم»(٢) لتبيين أن الأصل فيه أن لا يجوز إلا في عين مملوك وإن الجواز دونه

١ ـ الحديث :

أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عبدالله بن عمرو بن العاص وهو :

عند أبى داود - فى البيوع / باب شرط فى بيع (١٤٣/٣)

وعند الترمذى - فى البيوع / باب ما جاء فى كراهة بيع ما ليس عندك (٥٣٥/٣-٥٣٦) قال فيه : «هذا حديث حسن صحيح»

وعند النسائى - فى البيوع / باب بيع ما ليس عند البائع (٢٨٨/٧)

وعند ابن ماجة - فى التجارات / باب النهى عن بيع ما ليس عندك... (٧٣٧/٢-٧٣٨)

وأخرجوا أيضا قوله عليه الصلاة والسلام : «لا تبع ماليس عندك» لحكيم بن حزام، عنه ، حديث ابن حزام رضى الله عنه،

عند أبى داود - فى البيوع / باب فى الرجل يبيع ما ليس عنده (١٤٣/٥)

وعند الترمذى - فى البيوع/ باب ما جاء فى كراهة بيع ما ليس عندك (٥٣٤/٣)

قال فيه : «هذا حديث حسن »

وعند النسائى - فى البيوع / باب بيع ماليس عند البائع (٢٨٩/٧)

وعند ابن ماجة - فى التجارات / باب النهى عن بيع ما ليس عندك... (٧٣٧/٢)

٢ ـ سبق ذكره وتخريجه فى ص : ٤

رخصة لضرورة وقوع الحاجة الى بيع ما ليس عنده فى ملكه، وزاد شرط قبض البدل فى المجلس ؛ لأن البيع منزه عن الغرور، وفى العدول عن العين الى الدين ضرب غرر، فزاد شرط قبض بدله الذى فيه ضرب تحصين عن الغرر، فإن العقد يتم ولا ينتقض بالهلاك (لينجبر به)(١) غرر الدينية،

ولهذا لم نجوز السلم الحال ؛ لأنه(٢) ما جوز إلا لعذر العدم، والعادم يكون عاجزا عن التسليم(٣) ، والقدرة على تسليم المبيع شرط للجواز إذا كان عينا فاشترط(٤) ، وإن جوز دينا لضرورة فلم يجز إلا مؤجلا بما يرتفع به عدمه فى الوضع ويقدر على تسليمه على ما بينا فى موضعه(٥) ،

فلما لم ينه النبى عليه السلام عن الشراء بدراهم غير مملوكة ولا معينة، وثبت دينا ماله حكم المبيع العين بوجه وخالف المسلم فيه ولم يشترط قبض ما يقابله من البدل فى المجلس، علم أن الوجود فى الذمة أصل للثمن دينا كالعينية للسلعة،

ولما ثبت هذا صار الثمن بنفسه حكم العقد ومحله الذمة، ومن الجانب الآخر ملك المشترى المبيع ، ومحله المبيع العين ؛ لأن حكم العقد ما يجب به، والثمن إنما يجب بالعقد على هذا الوضع فى البيوع،

والمحل : ما شرط وجوده ليضاف إليه العقد ليحله حكمه،

١ ـ فى نسخة (ب) : «لنيجبر به»

٢ ـ أى السلم

٣ ـ أى من التسليم حين العقد،

٤ ـ أى فاشترط القوة على تسليم المبيع

٥ ـ راجع ص : ٤ وما بعدها

وحكم العقد غير محله، فإن المحل شرط يراعى قبله(١) أو معه كشروط كل عمل من عبادة أو معاملة(٢) ، والحكم ما ثبت بالعمل فكانا(٣) فى طرفى نقض واذا جعل الثمن محلا بتعيينه وشرطه كان شرطا بغير موجبه الى ضده، وفيه منفعة (لهما)(٤) فكان فاسدا فى أصله(٥) كما إذا أراد بشرطه أن يجعل المحل حكما، فثبت أنه إنما صح من حيث أنه بيان لنقد،

فإن قيل : البيع بشرط الخيار ثلاثة أيام يجوز، وفيه تغيير حكم العقد،

قلنا : القياس أن لا يجوز، وإنما جوز بالشرع(٦) رخصة لتدارك الغبن، ولهذا لم يجز بأكثر من ثلاثة ايام، وهذا كما جوزت السلم وهو مبيع دينا فى الذمة كالثمن ؛ لأن الأصل أن لا يجوز والتعليل حصل لبيان الأصل، وإنما جوز به رخصة لدفع الإفلاس،

١ ـ أى قبل العقد،

٢ ـ كالطهارة عن النجاسة والحدث وستر العورة فى الصلاة وكقبض رأس المال فى المجلس وأن يكون المسلم فيه معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر فى عقد السلم، (راجع تحفة الفقهاء ٩٥/١ وما بعدها والكفاية ٢٢٣/١ والهداية ٢٢١/٦ وما بعدها، واللباب فى شرح الكتاب ٦١/١، ٤٣/٢)

٣ ـ أى الحكم والمحل

٤ ـ أى للعاقدين، وفى نسخة (ب) : «لها»

٥ ـ قال فى الهداية (٧٧/٦) : «كل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين أو المعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده»
(راجع أيضا اللباب فى شرح الكتاب ٢٦/٢ والبحر الرائق ٨٥/٦)

٦ ـ يعنى به حديث حبان بن منقذ بن عمرو الأنصارى الذى كان يغبن فى البياعات، فقال له النبي ﷺ : «إذا بايعت فقل : لا خلابة، ولى الخيار ثلاثة أيام»
(راجع عقود الجواهر المنيفة ١٩/١ والهداية وشرحها فتح القدير ٤٩٨/٥)
سبق ذكر حديث حبان بن منقذ وتخريجه فى ١/ ٢٣٤
راجع أيضا إليها،

وهذا بخلاف البيع بأجل، فإنه جائز أصلا ؛ لأن الأجل لتأخير قبض الثمن، لا لأصله، وحكم العقد فى وجوب أصله، والأجل لا يغير بل يؤخر قبضه، وقبض الثمن بمنزلة التصرف فى المبيع بعد الملك، والتصرف ليس بحكم العقد، ولكنه حكم الملك الواجب بالعقد، فلم يكن ما يغيره بمغير بحكم العقد.

ألا ترى لو رهن المبيع حتى امتنع عليه التصرف لم يكن تغييرا الحكم العقد، وكذلك لو أجل الثمن بعد الوجوب.

فإن قيل : إنا لا نسلم أن حكم البيع فى جانب الثمن ايجابية أصلا، بل نقول : حكمه الإيجاب فى الذمة اذا لم يعين، وإذا عين فحكمه إيجاب الملك فى العين.

وكذلك نقول فى جانب المبيع : إنه مرة يكون محلا إذا عين ومرة حكما إذا لم يعين وبيع فى الذمة إلا مالا يصير معلوما فى الوصف، فلا يجوز لأجل الجهالة كالعين المجهول.

قلنا : لايجوز دعوى هذا الأصل ؛ لأن العينية متى صارت أصلا يمكن بالنقل الى الذمة ضرب غرر لا محالة، فإنه أبعد عن صاحبه من العين، فكان يجب جبره بقبض ما يعين منه كما فى السلم، فإنهما(١) يدلان على السواء، فيستدل لأحدهما بالآخر، ولكان لا يجوز الصرف الى ما فيه ضرب غرر إلا بعذر كالسلم وسائر الرخص(٢) .

ولما ذكرنا أن شرط العقد غير حكمه، وبينهما تضاد فى وقت الوجود، الشرط يراعى قبل العقد، والحكم يجب بالعقد بعده، وإنه مما يرى كالماء للنبات وثمرته ؛ فإن الماء شرط لتحيى النبات، والثمرة حكم النبات وفرعه.

١ ـ أى جانب الثمن وجانب المبيع

٢ ـ كالبيع بخيار الشرط.

فإذا كان كذلك لم يجز أن يجعل المحل حكما، والحكم محلا أصلا، بل الأصل أنهما يفترقان،

ثم قد يصير المحل فى حكم الحكم شرعا لدليل شرعى كما لايكون الميت حيا والحى ميتا(٢) ،ولكن يصير أحدهما فى حكم صاحبه بدليل،

ألا ترى أن المبيع لما كان محلا فى الأصل ثم ثبت سلما فى حكم الثمن لم يصر كالثمن مطلقا، بل صار إليه بقدر ما ألجأته الضرورة إلى إعطائه حكم الثمن فى أن يثبت بالعقد فى الذمة، فأما بعد ثبوت اعتبر بالمبيع الذى هو عين ومحل حين لم يجز (الاستبدال)(٢) به قبل القبض وصح الفسخ عليه وحده، فإن الفسخ رفع للعقد، وإنما يرتفع الشىء عن محله وهو المبيع فى الأصل فبقى فى السلم لما كان النقل إلى حكم الثمن بضروة رخصة، والثمن بالإجماع مما يجوز (الاستبدال)(٣) به قبل القبض، ولا يرد عليه الفسخ وحده بعد هلاك السلعة(٤) ، علم أن الثمن بخلاف السلعة فى أن الثمن مما يجب بالعقد فى الذمة لا أن يكون محلا، والسلعة محل العقد،

١ ـ لأن الحياة ضد الموت، قال عز وجل : ﴿الذى خلق الموت والحياة ليبلوكم أيكم أحسن عملا، وهو العزيز الغفور﴾ سورة الملك - ٢

اشار فيها أن الموت خلق ضد الحياة، قال أبو السعود فى تفسيره (٢/٩) « فالموت عند أصحابنا - يعنى الحنفية - صفة وجودية مضادة للحياة»

(راجع أيضا فتح الغفار لابن نجيم ٩٨/٣ والتعريفات للجرجانى ص٢٣٥ ولسان العرب ٩٠/٢)

٢ ـ فى نسخة (ب) : «الاستدلال»

٣ ـ فى نسخة (ب) : «الاستدلال»

٤ ـ راجع فتح القدير لابن الهمام ١٤٢/٦ والبحر الرائق ١١٩/٦ وتحفة الفقهاء ٣٩/٢

وإن الأمر ليس على ما زعمتم، وإن تعليق العقد بثمن عين إثبات فى غير محله، فلا يثبت، ورفع للحكم عن محله وهو الذمة: فلا يقدر.

فهذا هو الدليل على أن الثمن شرع حكما للعقد فى الأصل، لا أنه صير إليه لعذر أو دليل.

فإن قيل : المكيلات تثبت فى الذمة أثمانا لا يرد عليها الفسخ بانفرادها، وثبت مبيعة إذا عينت.

قلنا : من مشائخنا من قال : القياس : أن لا تثبت أثمانا ولكنا جوزنا ذلك بالشرع «فإن النبى عليه السلام اشترى ناقة بثمن واستقرض الثمن وأدى»(١) فجوزناه اتباعا للشرع.

١ ـ لم أجده بهذا اللفظ إنما ورد استقراض الرسول ﷺ من عبدالله بن أبي ربيعة المخزومى حين غزا حنينا ثلاثين أو أربعين ألفا. فلما قدم قضاها إياه، ثم قال له النبى ﷺ : «بارك الله لك فى أهلك ومالك، إنما جزاء السلف الوفاء والحمد»

أخرجه النسائى فى البيوع / باب الاستقراض (٣١٤/٧)

وابن ماجة - فى الصدقات / باب حسن القضاء (٨٠٩/٢)

وأحمد بن حنبل فى مسنده (٣٦/٤)

وورد فى حديث أبى سعيد الخدرى - رضى الله عنه - استقراض رسول الله ﷺ مكيلا، قال ابو سعيد الخدرى : جاء أعرابىّ إلى النبى ﷺ يتقاضاه دينا كان عليه، فاشتد عليه، حتى قال له : أحُرِّج عليك إلا قضيتنى.

فانتهره أصحابه وقالوا : ويحك ! تدرى من تكلم ؟ قال : إنى أطلب حقى.

فقال النبى ﷺ : «هلا مع صاحب الحق كنتم ؟

ثم أرسل إلى خولة بنت قيس فقال لها : «إن كان عندك تمر فأقرضينا حتى يأتينا تمرنا فنقضيك.»

فقالت : نعم، بأبى أنت يا رسول الله !

قال : فأقرضته - فقضى الأعرابى وأطعمه - فقال : أوفيت أوفى الله لك.

فقال : «أولئك خيار الناس، إنه لا قدست أمة لا يأخذ الضعيف فيها حقه غير متعتع.»

أخرجه ابن ماجة - فى كتاب الصدقات / باب لصاحب الحق سلطان (٨١٠/٢) وقال فى الزوائد : «هذا اسناد صحيح.»

وحقيقة الجواب : أن الأموال أنواع ثلاثة(١) :

أثمان محضة : وهى الدراهم والدنانير التى هى قيم أنفسها فى الإتلافات وقيم غيرها.

فإن المعنى بالثمن : أنه مما يقوم به الأموال عند الحاجة إليها فى الإتلافات وضمان التعدى إذ التقويم فى غير هذه الحالة لا يفترض وإن كان يوجد، فلذلك خصصنا موضع القرض للكلام فيه.

والمعنى بالسلع : ما يقوم بالأثمان، ولايقع التقويم بها فى الإتلافات كالأعيان المتفاوتة من الأموال. والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة، فإنها من وجه وسلع من وجه.

فإن الإتلاف اذا ورد عليها كانت هى بأنفسها قيمها فى الشرع والعرف، ولم يجب دراهم بإزائها. واذا ورد على غيرها لم يكن هى قيمتها قائمة مقام الدراهم.

فقيل : إذا عقد البيع بها فى الذمة كما يعقد بالدراهم تثبت ثمنا لشبهها بالأثمان. وإذا عينت أو عقد العقد عليها كما يضاف (إلى)(٢) السلع تثبت مبيعا لشبهها بالسلع.

وإذا كان كذلك لم يصر بالشرط ما هو ثمن فى حكم المثمن أو المثمن فى حكم الثمن. بل بالشرط امتاز حال كونه مثمنا عن كونه ثمنا. والتمييز بالشرط إنما يكون بعد أن يكون فى نفسه قبل الشرط محتملا للوصفين جميعا.

١ ـ راجع أيضا تحفة الفقهاء ٣٨/٢ وما بعدها، وفتح القدير لابن الهمام ٤٦٧/٥-٤٦٨ والبحر الرائق ٢٧٧/٥

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

فإن قيل : اذا اشترى عبدا بثياب فى الذمة الى شهر فإنه يصح(١) ، و لايكون الثياب سلما حتى لا يفسخ عليها العقد بعد هلاك العبد، ولا يجب قبض العبد فى المجلس، ولو كان سلما لا يشترط ولا يجب بيان مكان الإيفاء عند أبى حنيفة(٢)

والثياب سلع محضة لا يقوم بها غيرها ولا نفسها فى الإتلاف.

قلنا : الثياب ليست بأمثال لغيرها ولا لنفسها فى ضمان الإتلاف على ما ذكرت، ولكنها أمثال لنفسها إذا ثبتت موصوفة فى الذمة، فيكون كل واحد (منها)(٣) قيمة الآخر ومثلا له فى الخروج عن الواجب فى الذمة بالعين الذى يماثل الواجب ؛ لأن العين غير الدين لا محالة كالمستهلك غير القائم.

ألا ترى أنه إذا اشترى عبدين بثوبين فى الذمة على وصف واحد. فسلم أحدهما ثم اشتراه ثم سلمه عن الآخر، أجبر صاحبه على القبول، فكان الذى يسلم مرة مثلا لما بقي فى ضمان العقد وصفا، ولا يكون مثلا له عينا. فمن الوجه الذى ثبتت المماثلة فى باب الخروج عن الضمان يصير ثمنا لقيامه مقامه حكما، كما قلنا

فالمكيل حال ضمان إتلاف العين ؛ لأن ضمان الواجب كضمان الإتلاف ولابد / من [٣٨٠أ]
اعتبار كل واحد منهما.

وإذا كان كذلك صارت الثياب بين المكيلات وبين الأموال متفاوتة (من كل جهة.

١ ـ راجع أيضا البحر الرائق ٢٧٧/٥

٢ ـ سبق ذكر الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه أبى يوسف ومحمد رحمهم الله فى شرط بيان مكان الإيفاء فيما له حمل ومؤنة فى عقد السلم راجع ص :٣٦

٣ ـ فى نسخة (ب) : «منهما»

فقلنا : «إن الثياب لا تثبت دينا فى الذمة بالبيع إلا مؤجلة لشبهها بالأموال متفاوتة»(١) فى ضمان الإتلاف وثبتت ثمنا لا مبيعة لشبهها بالمكيلات توفيرا على الشبهين حظهما.

وإذا كان كذلك لم يكن ثبوتها ثمنا حتى يثبت بالشرط بل الشرط تعيين حال كونها ثمنا فى أصل الخلقة.

فإن قيل : إن الدراهم كذلك ضربت أثمانا، وفيها شبهة السلع ؛ لأن أعيانها مقصودة للذين يجمعون الأموال ويكنزونها أو يهبونها.

ومرة تقوم الدراهم بالدنانير اذا كان نقد البلد دنانير.

(ومرة)(٢) تقوم الدنانير بالدراهم إذا كان نقد بلدهم ذلك ليعرف بتقويمها قدر رأس ماله كما يقوم السلعة.

فعلمت أنها مقصودة بأعيانها كالسلع ومقومة لغيرها ليعرف قدر رأس المال منها كالسلع.

ومرة يقوم غيرها بها إلا أن جهة الثمنية فيها أغلب، فلذلك تثبت أثمانا فى الأصل وإذا عينت تعينت سلعا كما قلنا فى الثياب والحنطة.

قلنا : استدلالنا(٣) للفرق بين الأثمان والسلع كان بالتقويم لا بكونها مقصودة بأعيانها، وهى طريقة أخرى ذكرناها بعد هذه، فلا نذكر ههنا.

فأما الجواب عن فصل القيمة : أن هذا باب لا يمكن معرفته إلا بالمصير الى التجار.

١ ـ ما بين القوسين ساقط من نسخة (أ)

٢ ـ فى نسخة (ب) : «من»

٣ ـ يعنى الاستدلال الذى ذكره آنفا.

ثم إنهم يتخذون برؤوس أموال الشركات والمضاربات دراهم ودنانير، ثم يقسمون الربح بعد تحصيلها من غير تقويم الدراهم بالدنانير والدنانير بالدراهم.

وكذلك الأموال إذا عبر عنها بالقيم. ربما عبرت بكذا وكذا دينارا إذا كثر المال، وربما عبر عنها بالدارهم وربما يوجد النقدان جميعا فى بلد واحد فيقوم الأشياء بهذا وهذا، ولا يقوم أحدهما بصاحبه لمعرفة مقدار المالية قط إلا أنه ربما لا يوجد فى بلد من النقد إلا أحدهما. فبالعرف يقصر على أحدهما كما فى نوع من الدراهم إذا كان نقد بلدهم.

كذلك إذا آل الأمر إلى ضمان المتلفات الواجبة شرعا يخير الحاكم إن شاء قوم بهذا أو بهذا(١) ، أو لا يقوم قط أحدهما بصاحبه.

ولما كانت(٢) قيم الأشياء ولم يجب تقويمها فى أنفسها بغيرها بحال لم يكن لها شبه السلع. فالسلع : ما تقوم بالثمن.

فإن قيل : ليس فى التعيين تغيير موجب العقد من حيث الحقيقة. فإن البيع لتمليك مال بمال. فالحكم وقوع الملك للعاقد فى المسمى (من العوض)(٣) ، والمسمى محل للملك لاشك فيه إلا أن الدراهم المسماة مرة تكون فى الذمة ومرة فى الكيس ومرة فى الكف، فلا يكون محل العوض معتبرا ؛ لأنه ليس بحكم للعقد ولا شرط. إنما الشرط هو المال المسمى. والحكم وقوع الملك فيه للعاقد، وبالتعيين لا يتغير شيء من هذا، بل يصير المحل حاضرا ويبعد من الغرر بالعقد على التسليم، فيكون أولى بالجواز.

١ ـ أى قوم الدهم أو الدينار

٢ ـ أى الدراهم والدنانير أو الأثمان.

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

ويدل على أن العين أصل فى الباب أو أحد الأصلين بخلاف المثمن إذا نقل إلى الذمة، فإن فيه(١) زيادة غرر فجاء أن لا يكون إلا رخصة(٢) ٠

قلنا : نعم، إن الأمر على ما ذكرت٠ ولكن المال الذى يجب بالعقد لم يكن موجودا قبل العقد، لا حاضرا يشار إليه ولا غائبا يوصف٠ وبالعقد وجد، وثبت ابتداء فى الذمة٠ فثبت أن ملك الثمن ونفس الثمن كلاهما يجبان بالعقد، وصارا حكميه، فكان التعيين تغيرا لأحد الحكمين٠ وإن لم يكن تغييرا للآخر٠ والشرط الذى يغير حكم العقد فاسد(٣) ، وإن كان يعلل الغرر من وجه٠ وتبين أن العين ليس بأصل ولا أحد الأصلين ؛ لأن الدين الى الغرر أقرب، فلا يساويها(٤) ، فيجعل الأصل أحدهما٠ وهو العين فيما يقبل التعيين من السلع٠ والدين فى الذمة من الثمن الذى لا يقبل التعيين ثمنا ضرورة٠ ثم المكيل اشترى (به)(٥) ألحق به لشبهه به(٦) من وجه٠

فإن قيل : إن البيع وضع لتمليك مال بمال، فكان الحكم هو الملك فى الحقيقة٠ والمالان محلان ما شرع البيع لإحداث المالية ليصير نفس المال حكما له٠ بل هو تصرف فى المال٠ وكان ينبغى أن يكون المالان من الجانبين يشترط

١ ـ أى فى نقل المثمن إلى الذمة

٢ ـ كما هو الحال فى السلم، فإنه ثبت رخصة بالنص

٣ ـ راجع للمزيد من المعرفة فى ذلك بدائع الصنائع ١٦٨/٥ وما بعدها والهداية وشروحها ٧٧/٦ وما بعدها٠

٤ ـ المكتوب : «فلا يساويه» والظاهر أن الضمير تعود الى العين٠ أى أن الدين لا يساوى العين٠

٥ ـ أى بالثمن٠ المكتوب فى النسخ «بها»

٦ ـ أى لشبه المكيل بالثمن٠ وذلك من وجه كون المكيل أيضا من ذوات الأمثال٠

وجودهما. إلا أنه سوهل فى الأثمان فجوز إيجابا فى الذمة ؛ لأن المبتغى منها نفس النقد، لا عين المنقود لكونها متساوية لا يجرى الضيق بين التجار بين عين وعين إذا اتفقا نقدا بحال السلع.

فبسبب المساهلة من هذا الوجه صارت الإضافة الى العين والذمة سواء كالمكيل والموزون، لا عبرة فى ذلك لكونها ثمنا وغير ثمن.

قلنا : إن كانت الأثمان متساوية الأعيان من نقد واحد وجرت المساهلة لأجلها، فإن الحكم شرعا لا يختلف لمساهلة ثبتت بينهم، فكان متى شرط فى الأصل تعيين المحل من جانب الثمن لم يجز إسقاطه، لعله منا لا لهم، وحقه ذلك لديهم ؛ لأن أحكام الشرع لازمة حقت علينا وهانت مقاصدها أو عزت، وإنما يتغير بعذر، فلما ثبت فى الذمة بلا عزر مع تيسر الإشارة إلى النقد الحاضر، علم أن المغير رؤية الشرع الصلاح فى ذلك تفرقة بين الأثمان والسلع ليعرفنا بذلك أن الأثمان/هى معانى [٣٨٠ب] السلع لا عبرة بأعيانها حال ما يبتغى بها السلع تحقيقا للثمنية بتعليق حكم المعاوضة بالمعنى. وهو النقد الذى يختلف به قدر المالية لا بالعين فصارت أعيان الأثمان فى حق المعاوضة هدرا كشىء لا قيمة له، فلم يبق محلا للاستحقاق بالبيع. فلم تقبل الإشارة للاستحقاق كحبة حنطة ونحوها ليكون عدم استحقاق العين بالشراء محالا إلى وصف مؤثر وهو الهوان كشربة ماء ونحوها. وعلق الحكم فى المثمنات بالعين تحقيقا لما عليه مبنى البيع فى السلع، وهى الأعيان التى ينتفع بها إما استعمالا وإما استهلاكا. ألا ترى أن المكيل متساوية الأعيان من نوع واحد كالدراهم.

ثم هى لا تثبت فى الذمة مطلقة إذا استعملت استعمال السلع بأن أضيف العقد إليها، ولم تثبت دينا إلا رخصة سلما فى حكم العين الذى هو محل، حتى قبل الفسخ بعد هلاك رأس المال بخلاف الثمن، فهذا يبطل جميع كلماتهم، وهو أن ما شرط محلا للعقد أصلا لم يجز اتخاذ العقد دون وجوده إلا رخصة بعذر ؛ لأن الشيء لا يوجد قبل شروطه، ومتى جوز سلما بعذر مضافا إلى الذمة ثبت على حكم المحلية فقبل الفسخ ؛ ولم يجز الاستدلال به قبل القبض، فظهر بهذا أن المثمن قط لا يثبت ثبوت الأثمان.

فكذلك الأثمان لم يجز ثبوتها ثبوت المثمنات، إذ لو ثبتت لكانت سلع فى حكم العقد، ومتى كانت سلعة فى حكمه لم يجز أن تثبت فى حكم الثمن لتضاد أثبت الشرع بينهما.

ولهذا لم يجز السلم فى الأثمان ؛ لأنها تصير فى حكم السلع.

ولهذا المعنى جوزنا الصرف دينا بدين خلافا لزفر ؛ لأنه ثمن بثمن، وإنما شرط فى السلع عينا بعين(١)

١ ـ قال فى المبسوط (١٤/١٤) : «وحقيقة المعنى فى الفرق - يعنى الفرق بين السلع والأثمان - أن السلع مستحقة بالعقد مبيعا، وحكم البيع فى المبيع وجوب الملك والتسليم، فما لم يكن موجودا فى ملكه لا يمكن إثبات حكم البيع فيه، وإضافة السبب إلى محل لا يفيد حكمه، لا يجوز.

وأما النقود فمستحقة بالعقد ثمنا، وحكم العقد فى الثمن وجوب ووجوده به معا، وذلك متحقق بالذمة الصالحة للالتزام، وإن لم يكن موجودا فى ملكه عينا، فلهذا كان العقد صحيحا.

وليس هذا مثل بيع الرجل ما ليس عنده ؛ لأن الدراهم والدنانير ثمن... فالبيع محله المبيع،=

ولهذا شرط التقابض فى بدل الصرف فى المجلس؛ لأن الرسول عليه السلام «نهى عن الكالى بالكالى»(١) أى الدين بالدين. الصرف لا يقع إلا دينا بدين ؛ لأنه لا يتعين وإن عين.

وكذلك يجوز من غير تعيين، فشرط قبض أحدهما فى المجلس ليتعين به وتزول الدينية بالقبض الذى هو حكم العقد، وجوز ؛ لأن ساعات المجلس معتبرة بابتداء فيما يتعلق به جواز العقد وتمامه على ما عرف(٢) .

ولما شرط قبض أحدهما وجب قبض الآخر أيضا للتسوية بينهما ؛ لأنه عقد معاوضة، فمطلقه يوجب (المساواة)(٣) بين المتعاوضين فى حكم البدلين ولو قبل التعيين بالإشارة بشرط مكان القبض الإشارة.

وكذلك فى سلم شرط قبض رأس المال فى المجلس، لما ذكرنا من تحصين العقد بالقبض. وحتى يصير(٤) عينا، فإن الآخر دين ولم يشترط قبض الآخر؛ لأنه مؤجل، والمساواة لا تعتبر مع الشرط.

ثم قيل فى الصرف : إنه يجب القبض وإن كان البدل عينا ؛ لأن الأصل فى الصرف الأثمان.

= وذلك فى السلع دون الأثمان، فلذلك جوزنا الشراء بثمن ليس عنده، وكل واحد من المتعاقدين بهذه الصفة، وكذلك شراء تبر الذهب بتبر الفضة أو تبر الفضة بتبر الذهب، وليس ذلك عند كل واحد منهما ثم استقرضه كل واحد منهما ودفعه إلى صاحبه، فهو جائز ؛ لأن الذهب والفضة ثمن بأصل الخلقة»» (راجع أيضا ١٩/١٤)

١ ـ الحديث : سبق ذكره وتخريجه فى ١٤١/١

٢ ـ راجع ١/ ٣٧٢

٣ ـ فى نسخة (أ) : «المساولة»

٤ ـ أى يصير رأس المال.

وكذلك السلم يكون بالدراهم فى الأعم وهى الأصل، فلما صار العقد موجبا للقبض لدفع الدينية وسببه الصرف والسلم علق الحكم بنفس السبب، فيتعلق الوجوب به وألحق البدل الذى يخلو عن العلة بالجملة كما قلنا فى تعليق الاستبراء[1] بحدوث ملك الوطء بملك اليمين المؤدى إلى اشتباه الأنساب لولا الاستبراء(٢) ، وإن كان قد يخلو عنه إذا اشتراها من صبى أو امرأة، أو كانت بكرا احتياطا لباب العدة.

فإن قيل : هذا يبطل بالمهر فى النكاح ؛ فإنه يجوز أن يكون عبدا مشارا إليه، فيكون محلا، ثم يثبت فى الذمة بلا عذر. وكذلك الشاة.

قلنا : إن العبد جعل ثمنا ؛ لأن المهر فى مقام الثمن، وما أقيم مقام الثمن يأخذ حكمه بالقيام مقامه كما قلنا فى المكيل والثياب(٣) .

(فتحقيق)(٤) هذا ما قلنا : إن حكم المعاوضة فى الثمن إيجابه فى الذمة لا فى مال العين.

ولهذا لا يفسخ البيع عندى بإفلاس المشترى(٥) ؛ لأن حكم الشراء إيجاب فى الذمة وبالإفلاس لا يختل أمر الوجوب.

والذى يوضح هذا : أن العينية اصل فى كل ما يطالب أو يشار إليه ؛ فلابد للنقل من العين الى الدين من عذر حسى أو سبب شرعى، ولا نجد بين الناس عذرا يختص به الثمن دون المبيع ؛ فيقع الفرق بينهما بعذر متفرق بينهما.

١ ـ راجع لمعنى الاستبراء ١/٤٠٦

٢ ـ سبق تعريفه فى ١/٤٠٦

٣ ـ راجع ص : ١/ ١٢٦ وما بعدها، ١٢٩/٢، ١٥٦

٤ ـ فى نسخة (أ) : «فتحقق»

٥ ـ سبق الكلام فى عدم ثبوت خيار الفسخ للبائع عند الحنفية فى ١/٣٧٧

فثبت أن الفرق ثبت شرعا لعلة لم تعقل أو علة معقولة وهى : اختلاف الرغائب بين الناس فى اعتبار السلع فى الأصل أو تساوى الرغائب فى أعيان الثمن من نقد واحد، واختلافهما عند اختلاف النقود.

ثم الشرع حرم المعاوضة بما يهون بين الناس بحيث لا يجرى الضن والشح بحال كحبة حنطة ونواة ونحوها (مما لايصان)(١) ؛ لأن ما لا يجوز إلا بعوض هو مال من العقود لابد فيه من مالية متقومة. وذلك يتمول الناس بصيانتهم وإحرازهم. (فإذا)(٢) لم نجد الإحراز للعين إلا سبب معتاد من النقد على ما بينا - لم يتعلق استحقاق بالعين، فلم يبق إلا الدين فى الذمة، فتصير الذمة أصلا شرعا.

والدليل على أنه كان لهذا لا لعذر حرج بالناس فى التعيين بعدما بينا أن الحرج فى تعيين الثمن لا يكون فوق (الحرج فى)(٣) / تعيين المبيع أنه لو كان [١٣٨١أ] للحرج لما لزم المشترى تعيين الثمن قبل قبض السلعة. فإن الحرج يلحقه للحال كما فى حال العقد. ولقيل : إن البائع يسلم أولا؛ لأن تمام التعيين بالقبض. والمشترى معذور عن التسليم بعذر اختص به، فخفف عنه. ولما صار جانبه أخف فى التعيين أخف يدى البائع بالتعيين.

ألا ترى أن فى باب السلم لما نقل أمر البيع عن العين الى الدين لعذر بالبائع أوجب التخفيف عنه، لم يؤمر بتسليم السلم أولا وإن كان السلم حالا عندك(٤). ورأس المال عين يساويه المشترى فى العينية.بل أمر المشترى بتسليم رأس

١ ـ فى نسخة (ب) : «مما يصان»

٢ ـ فى نسخة (ب) : «وإذا»

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٤ ـ يعنى الشافعى رحمه الله، فعنده يجوز السلم الحال.

راجع المهذب ٣٠٤/١ ومغنى المحتاج ١٠٥/٢ وروضة الطالبين ٧/٤

المال أولا، وإن كان عينا تحقيقا لمعنى الخفة على البائع.

فلما أمر المشترى فيما نحن فيه بتسليم الثمن أولا علم أن المعنى ما قلناه، وهو أن التعيين غير ممكن بالشراء، فلذلك فارق البائع وكان السبيل أن يستويا ؛ لأنه معاوضة مال بمال، وكل طالب حر به من حيث الماليه، حتى لما قبل الثمن التعين بالقبض أمر المشترى بالتسليم أولا لتساويه البائع فى ملك العين. والمساواة موجب العقد وتقدم عدم الإمكان فى أصل الشراء بخلاف التبرعات ؛ فإنه جائز بالعين وبما لا قيمة له من حبة حنطة أو نواة. إنما لا يقصد مثله بالعوض.

ووجه آخر يؤكد الأول من حيث بيان المعنى الذى لأجله لم تتعين الأثمان وهو أن الأموال إنما كانت أموالا متقومة لتمول الناس فى الأصل. والتمول إنما وجد منهم ؛ لأن مصالحهم تقوم بها. والمصالح كلها إنما تقوم بالسلع إما أكلا أو شربا أو لباسا أو ركوبا وانتفاعنا بمنافعها من جلب خير أو دفع شر، ولا يقوم بالأثمان شيء من هذه المصالح لا تتمول الدراهم والدنانير إلا ليتوصل بها إلى السلع التى بها تقوم المصالح. وبها تقوم الأموال ويظهر قدر المالية منها ولا يظهر بأعيانها، بل بمعناها(١) الذى فيه الرواج ولا تتعين إلا لها. ولهذا لا تصح إجارتها لعدم منافعها، وما فى عينها اذا استهلكت. كذلك أيضا منفعة فلم تكن أموالا لأعيانها. ولكن كانت سببا للوصول إلى ما تعلق بها المصالح، فكانت أموالا ؛ لأنها أسباب. بل الثمن اسم لمعنى الأموال كلها وكانت(٢) أعز من السلع ؛ لأنها سبب الوصول الى كل عين تراد وضعا وشرعا وعرفا.

١ ـ وهو الثمنية

٢ ـ أى الأثمان

والسبب يتعلق به حكم العلة(١) على ما ذكرنا فثبت له أيضا حكم العلة وهى المالية، ولن يحصل التوصل بها إلى غيرها إلا فى المعاوضات، وإذا استعملت فى المعاوضات وابتغى منها ما وضع الدراهم له، وهو الوصول الى غيره أعتبر مالا على حقيقته، وهو أنه يتعلق (به)(٢) الوصول إلى عين المال،

فإن السبب وإن كان يقام مقام العلة فإذا اتصلت به العلة تعلق (الحكم)(٣) بالعلة كالنوم إذا اتصل بالحدث، فدخل تحت العقد واستحق به من حيث أنه سبب الوصول،

١ ـ السبب :

فى اللغة : هو كل شىء يتوصل به إلى غيره

والجمع : الأسباب

(الصحاح ١٤٥/١ ولسان العرب ٤٥٨/١)

وفى علم الأصول قسم السبب إلى أربعة أقسام:

الأول : السبب الحقيقى - يقال له أيضا السبب المحض - وهو : ما يكون طريقا الى الحكم من غير أن يضاف إليه وجوب أو وجود، لكنه تخلل بينه وبين الحكم علة لا يضاف الى السبب،

وذلك كدلالة السارق على مال إنسان، فإن السرقة لا تضاف إلى الدال ؛ لأنه توسط بين السبب والحكم علة هى : فعل فاعل مختار، وهو السارق،

والثانى : السبب فى معنى العلة : وهو ما أضيفت إليه العلة صار له حكم العلة كإدخال الدابة فى زرع الغير حتى أكلته، وقودها وسوقها،

والثالث : السبب الذى له شبهة العلة : وهو ما يضاف إليه الحكم وجودا عنده لا ثبوتا به، كحفر البئر، هو سبب من حيث أنه إيجاد شرط الوقوع،

والرابع : السبب المجازى : هو السبب إسما وصورة لا معنى وحقيقة،كاليمين بالله تعالى فى حق وجوب الكفارة، واليمين تعقد للبر، وذلك لا يكون قط طريقا إلى الكفارة ولا إلى الجزاء

(راجع للمزيد من المعرفة إلى المغنى للخبازى ص٣٣٧ وما بعدها وفتح الغفار ٦٤/٣ وما بعدها وتقويم الأدلة للمؤلف أبى زيد رحمه الله اللوحة ١٤٥أ وما بعدها من نسخة شيشربتى وميزان الأصول ص٦١٠ وما بعدها،)

وما اشار إليه المؤلف رحمه الله فى مسألتنا هو النوع الأول أى السبب الحقيقى،

٢ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

٣ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

وهذا المعنى فى الأثمان يختلف بإختلاف النقود المتفاوتة لا باختلاف الأعيان من نوع واحد، وقط لا يختلف ثمن السلعة مقدارا فى الأموال بتعيين النقد وعدمه، وإنما يختلف باختلاف النقد والأصل فعمل التعيين عمله فيما يختلف من بيان النقد والعدم ولم يعمل فيما اتحد ؛ لأن الواحد لا يقبل بميزة عن غيره، إنما محل التمييز شيئان، وصار عينه فى أنه عين ما عين (لغوا)(١) اعتباره لما لم تكن المالية متعلقة بعينه، ولكن بمعناه وهو : أنه سبب الوصول إلى غيره.

ووجب اعتبار السببية للمالية فيه(٢) لما استحق بعقد معاوضة وطلب منه بها ما صار لأجله وصار كدراهم لفت فى جلد ميتة فاشترى بالدراهم شيء، فإن الشراء يتعلق بما فى الجلد لا بعين الجلد، (لأنه)(٣) ظرف المال ، والشراء عقد بالمال، فكذلك العين للمعنى الذى هو المال، وبه صار مالا ظرف له، ولما طلب منه معناه تعلق الحكم بالمعنى الذى هو مال لا بالعين الذى هو ظرف، أو لما لم يختلف حكم إصابة السلعة باختلاف أعيان الدراهم بل اختلاف النقود التى بها تختلف المالية، صارت الأعيان ساقطة القيمة فى حق إصابة السلعة، وصارت ساقطة العبرة فلم تستحق بها(٤) كقطرة ماء ونحوها بخلاف ما إذا استعملت فى عقود التبرعات،

أما على الطريق الأول(٥) فلأنها لا تصح إيجابا فى ذمة العاقد ؛ لأن التبرع

١ ـ فى نسخة (أ) : «لغو»

٢ ـ أى فى النقد

٣ ـ فى نسخة (ب) : «لأن»

٤ ـ أى فلم تستحق بها الثمن،

٥ ـ يعنى به طريق ثبوت الأثمان فى ذمة العاقد دون السلع لا توجب السلع فى ذمة العاقد إلا لعذر كما هو الحال فى السلم،

لا يتم سببا إلا بالقبض، والقبض لا يتصور إلا على عين، فكان التعيين لإيجاب الملك فيها(١) تقريرا لحكم العقد لا تغييرا.

وعلى الطريق الثاني(٢) : لما لم يطلب منه التوصل إلى عين مال علم أنه لم يستعمله على أنه سبب، ومعنى السلعة فإنه للحال، ليس بسبب فلا يكون مالا بناء على السبب، فكان يجب أن يفسد(٣) إلا أنها(٤) جوزت لما أن أعيانها لما كانت أسبابا لإصابة الأموال جعلت مالا بأعيانها حكما.

وهذه العقود عقدت على أعيانها، فجوزت على معنى أنها(٥) أموال بأعيانها بناء على إقامة السبب مقام العلة عند فقد العلة إما تيسيرا أو إما احتياطا على ما مر.(٦)

ولما جاز العقد عليها على أنها / أعيان أموال، والعين المشار إليها غيرالتي [٣٨١ ب] لم يشر إليها، تعين ؛ لأن التعيين صحيح فيما اختلف كما صح في المثمنات ؛ لأنها أموال بأعيانها مقصودة، والذي عين غير الذي لم يعينه، فصح التعيين لإصابته محله.

فأما إذا عقد بها المعاوضة فقد طلب منها الوصول إلى غيرها وتحقق المعنى الذي لأجله كانت أموالا، فتعلق الحكم بعين العلة لا العين التي هي سببه، فلا يصح

١ ـ أي في الأعيان المتبرعة.

٢ ـ يعني به بيان وجه قيام المصالح بالسلع لا بالأثمان بأعيانها، إنما الأثمان تتمول ليتوصل بها إلى السلع التي بها تقوم المصالح.

٣ ـ أي عقد المعاوضة لعدم المالية

٤ ـ أي العقود بالأثمان الحقيقية

٥ ـ أي الأثمان

٦ ـ راجع ص : ١٥٩ و ما بعدها

التعيين حينئذ لتغا ير الأعيان، فإنها(١) لغو، وكالظرف للأموال، وإنما يصح التعيين لتغا ير المعانى التى بها توجد الأموال كالنوم الذى هو سبب الحدث يكون هو حدثا بنفسه حكما إذا لم يوجد الحدث. وإذا خرج الحدث حقيقة كان وجوب الوضوء بالحدث الحقيقى لا بالنوم الذى هو سبب.(٢)

مثال هذا تعيين الوكيل بشراء شيء بعينه بثمن معلوم حال ما اشتراه كما أمر لن يكون الشراء لنفسه، فإنه يلغو ؛ لأن هذا الشراء فى هذا المحل لا يتنوع، فلا يصح التعيين(٣)

وهذا كنية صوم رمضان للنفل (فيلغو)(٤) بالإجماع(٥)؛ لأنه ليس فيه أنواع صوم فتلغو نية التعيين، ويصير التعيين كالإطلاق)(٦)

فكذلك فيما نحن فيه يصير التعيين كالإطلاق لما اتحد المعنى وصارت العبرة له.

١ ـ أى الأثمان المعيّنة

٢ ـ راجع للمزيد من المعرفة بدائع الصنائع ٣٠/١-٣١ وفتح القدير لابن الهمام ٤٢/١-٤٣ ومراقى الفلاح للشرنبلالى ص ١٧

٣ ـ راجع أيضا بدائع الصنائع ٣١/٦ والهداية ٤١/٧

٤ ـ فى نسخة (أ) «للغوا»

٥ ـ يعنى بالإجماع اتفاق أئمة الحنفية (راجع تحفة الفقهاء ٣٤٨/١ والعناية ٢٣٩/١)

٦ ـ فى نسخة (ب) : «كالطلاق» ولاشك أن معنى العبارتين مختلف والمناسب هنا فهو التعبير بالإطلاق.

ولهذا قلنا نحن : إن النقرة(١) تتعين بالتعيين ؛ لأنها قبل الصرف دراهم تعد أموالا بأعيانها، فإنها تتخذ منها أنواع حلى فينتفع بها بعينها كذلك، فتصير العين مطلوبا لمنفعة تستوفى فصار مالا بعينه على هذا الطريق، (وهذه العين)(٢) غير المشار إليها غير عين آخر فصادف التعيين محله، فصح، وإن كانت النقرة تثبت دينا فى الذمة مطلقا حتى إذا اشترى نقرة بنقرة دينا بدين، وليس فى ملكهما ذلك فاستقرضا وتقابضا صح؛ لأن أصل المنفعة من الأموال ما تعلق به قوامنا، ولايوجد ذلك من النقرة، إنما يوجد بها التزيين، وذلك(٣) بيع فكانت العبرة للأصل،

وعلى ذلك الأصل، هى(٤) أسباب الأموال التى يتعلق بها القوام إلا أن تعين للبيع، فتتعين به،

فأما إذا ضربت دراهم، فبعد هذا لا تعد للتخلى فى العادات ولا للانتفاع بها بعينها بوجه، بل للاعتياض بها ما تقوم به المصالح والحوائج، فصارت أثمانا محضة ماليتها فى معناها على ما قلنا،

وأماالمثمنات على هذه الطريقة فتكون أموالا لأعيانها؛ لأن مصالحنا تقوم بأعيانها، وقد تكون أموالا لأنا نصل بها إلى ما يحتاج إليه، ولكن مع هذا لا يلغوا اعتبار العينية ؛ لأن المصالح فى هذه الحالة تتعلق بالعين أيضا فلم يلغ اعتباره

١ ـ النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة

وقبل الذوب هى تبر،

(المغرب ٣٢١/٢ والمصباح المنير ٦٢١/٢)

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٣ ـ أى شراء النقرة بالنقرة دينا بدين،

٤ ـ أى النقرة،

وازدادت له ماليته، فكذلك لم يثبت ثمنا مطلقا، وكان على مثال النص المعلول فإن حكمه يثبت فى نفسه بنصه لا بالعلة، وفى غيره بالعلة(١) .

ولهذا بالإجماع تعلق وجوب الزكاة فى الفضة والذهب بعينيهما، وإن لم يقصد تجارة بهما ؛ (لأنهما خلقتا)(٢) لذلك فى الأصل ولذلك تعين الذهب والفضة.

ولهذا عندنا تجب الزكاة وإن اتخذها حليا ؛ لأن الانتفاع بعينه من حيث التحلى تبع منفعة لا يتعلق به القوام، والمقصود ما يتعلق به القوام، ولن يحصل ذلك بالذهب والفضة إلا من حيث (الاستبدال)(٣) بها . وهذا الوجه قبل التحلى كان غالبا، حتى وجبت الزكاة، كأنه أعد للتجارة، فلا يسقط بقصد التحلى وهو دونه، وتبع له على ما ذكرنا، وسائر المثمنات أموال لأعيانها ترتفع بها المصالح التى تعلق بها القوام.

١ ـ أى أن الحكم يثبت فى الأصل - وهو المنصوص عليه - بالنص.
وفى الفرع - وهو مالم يرد فى حكمه نص - بالعلة كثبوت الربا فى بيع الحنطة بالحنطة متفاضلا بقوله ﷺ : «التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلا بمثل، يدا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه»
أخرجه مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه فى كتاب المساقاة / باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا ١٢١١/٣)
وفى بيع الأرز بالأرز متفاضلا بعلة جامعة بين الأرز والحنطة وهى الكيل عند الحنفية وعند الحنبلية فى الأظهر، والاقتيات والإدخار عند المالكية، والطعم عند الشافعية.
(راجع مسائل الربا ١٠٠/١ والقوانين الفقهية لابن جزى ص١٦٨ والمنتقى للباجى ٣/٥، والمهذب ٢٧٧/١ وكشاف القناع ٢٥١/٣ والمغنى لابن قدامة ٥/٤)

٢ ـ والمكتوب فى النسخ «لأنها خلقت» لعل ذلك لمعنى الجمع

٣ ـ فى نسخة (ب) : «الاستدلال»

وكذلك بالاستبدال بها يتعلق هذه المصالح فتبيع السلعة بسلعة (تأكلها وتشربها فكان للبذلة)(١) فى أعيانها لتعلق المصالح الأصلية (ببذلتها)(٢) ، فإذا جعلها التجارة بها صح لتعلق المصالح الأصلية بالتجارة، فثبت أن المثمنات تشبه الأثمان بالجعل، والأثمان لا تصير مثمنات بالجعل على ما قررنا من المعانى وتلونا من الأحكام،

فأما الجواب عن حجة، فعن الأول(٣) ما قلنا : إنها فى عقود التبرعات، أو لأنه لم يصادف التعيين محله، وهى المعانى المختلفة؛ لأن معنى الرواج من ذلك النقد واحد، والتعيين انصرف إليه،

وأما الوكالة والشركات والمضاربات(٤) فإنها تتقيد بالمال إذا سلم لا لتعين (النقد)(٥) معقودا عليه عقد الوكالة أو الشركة، فإنها تنعقد على العمل المطلوب (منه)(٦) ليملك على الآمر (لا)(٧) على المال، ، ولو تصرف ثم ملك المال رجع على الآمر بمثله، ولم يتعلق به العقد ولكن يوقت بالمال، كأنه قال : «اشتر لى هذا العبد بألف درهم مادامت هذه الألف فى يدك» فيتوقت به كما لو قال له : «شهرا» أو «مادام فلان فى السوق»

١ ـ ما بين القوسين فى نسخة (ب) : «يأكلها ويشربها فكان للبذل له»

٢ ـ فى نسخة (ب) : «ببدلها»

٣ ـ وهو الجواب عن الاستدلال لتعين الأثمان بالقياس على الهبة والوصية والقرض، راجع ص : ١٤٩

٤ ـ هذه هو الجواب عن الثانية، وهى الاستدلال بالقياس على الشركة والمضاربة والوكالة، راجع ص : ١٥١

٥ ـ ساقط من نسخة (أ)

٦ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

٧ ـ فى نسخة (ب) : «ما»

وإنما وقتنا به لدلالة الحال من حيث أنه ما أراد منه التصرف بحيث يبقى فى عهدة دينه إلا بالمال الذى بدله، وإنما يتعذر به إذا توقت العقد تبعا للمال.

وهذا كالوكالة بشراء الجمد(١) فى الصيف ينقطع بمجيء الشتاء، لتوقت الوكالة بالصيف بدلالة الحال(٢) .

ودل جواز الشركة واستحقاق المعامل الربح طيبا على أن /الشراء لايتعلق بعين [٣٨٢أ/] الثمن ؛ لأن الثمن عنده أمانة، فيصير الربح ربح مالم يضمن. وإنه حرام، ولهذا لم تصح الشركة بغير الدراهم والدنانير ؛ لأنه يؤدى الى ربح مالم يضمن.

وأما القياس على المثمن فقد أطلنا الجواب عنه، وكان حجة عليه(٣) فى تصحيحه شرطا يخالف موجبه.

ومن أصحابنا من احتج بحديث (ابن)(٤) عمر أنه سأل رسول الله ﷺ فقال : «إنى رجل أبيع الابل بالبقيع(٥) ، وربما أبيع بالدراهم وآخذ دنانير مكانها وربما أبيع بدنانير وآخذ مكانها دراهم.

١ ـ الجَمْد : ما جمد من الماء، وهو نقيض الذوب
(الصحاح ٤٥٩/٢، ولسان العرب ١٢٩/٣)

٢ ـ راجع العناية ٧٢/٧ والبحر الرائق ١٦٧/٧

٣ ـ يعنى الشافعى رحمه الله، راجع ص : ١٥١

٤ ـ راجع المبسوط ٢/١٤ قال فيه : «... فوات التسليم فيما هو ثمن لا يبطل العقد بخلاف المبيع والاستبدال بالثمن قبل القبض جائز بخلاف المبيع، والأصل فيه : حديث ابن عمر رضى الله عنه حيث سأل رسول الله ﷺ... الحديث)

٥ ـ ساقط فى نسخة (أ)

٦ ـ البقيع : وهى الغرقد المقبرة بالمدينة المنورة.
قال ابن حجر بعد تخريج الحديث فى التلخيص (٢٦/٣) : «قال النووى : ولم تكن كثرت إذ ذاك فيه القبور.»
قال فى اللسان (١٨/٨) : «والبقيع : موضع فيه أروم شجر من ضروب شتى، وبه سمى بقيع الغرقد...
والغرقد : شجر له شوك كان ينبت هناك، فذهب وبقى الاسم لازما للموضع» (راجع أيضا الصحاح ١١٨٧/٣)

فقال عليه السلام : «لابأس إذا افترقتما وليس بينكما عمل»(١)

فجوز (الاستبدال)(٢) بها قبل القبض كالمبيع إلا أنه يقول: إنما لم يستفسر لأن المطلق ينصرف الى المعتاد، وهو الشراء بدراهم غير معينة، ولأن (الاستبدال)(٣)

١ ـ الحديث :

أخرجه أبو داود - فى البيوع / باب فى اقتضاء الذهب من الورق (٢٥/٥-٢٦) عن ابن عمر - رضى الله عنه - قال : «كنت أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه وأعطى هذه من هذه، فأتيت رسول الله ﷺ - وهو فى بيت حفصة - فقلت: يا رسول الله ا رويدك أسألك : إنى أبيع الإبل بالبقيع، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ بالدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطى هذه من هذه؟

فقال رسول الله ﷺ : «لابأس أن تأخذ بسعر يومها مالم تفترقا وبينكما شىء»

وأخرجه أيضا الترمذى - فى البيوع / باب ما جاء فى الصرف (٥٤٤/٣) ولفظ الرواية عنده عن رسو الله ﷺ : « لابأس بالقيمة»،

والنسائي ، فى البيوع / باب أخذ الورق من الذهب (٢٨٣/٧) ولفظ الرواية عن رسول الله ﷺ : «لا بأس أن تأخذ بسعر يومها مالم تفترقا وبينكما شىء»

وابن ماجة - فى التجارات / باب اقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب (٧٦٠/٢)، ولفظ الرواية عن رسول الله ﷺ : «إذا أخذت أحدهما وأعطيت الآخر فلا تفارق صاحبك وبينك وبينه لبس»

والبهقى فى سننه - البيوع / باب اقتضاء الذهب والورق (٢٨٤/٥) قريبا من لفظ أبى داود ولفظ ابن ماجة،

إن هذه الروايات كلها بطريق سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر، قال الترمذى بعد ذكر الحديث (٥٤٤/٣) : «هذا حديث لا نعرفه مرفوعا إلا من سماك بن حرب عن سعيد بن جبير عن ابن عمر» وذكر هناك رواية عن ابن عمر موقوفا،

قال الحافظ ابن حجر فى سماك بن حرب : «صدوق، وروايته عن عكرمة خاصة مضطربة وقد تغير بأخرة، ربما تلقن» (تقريب التهذيب ص ٢٥٥)

٢ ـ فى نسخة (ب) : «الاستدلال»

٣ ـ فى نسخة (ب) : «الاستدلال»

لا يصار إليه قبل القبض إلا لعذر عدم المسمى، إذ (لو)(١) كان لرغبة فى الثانى لما عدل عنه ابتداء، وعذر العدم لا يتصور إلا فى غير العين.

فأما العين فيتيسر قبضه إن بقى، وإن هلك بطل العقد، وإذا كان كذلك فى العادة(١) صار المسكوت عنه كالمذكور كما إذا اشترى بدراهم انصرف إلى نقد البلد كأنه ذكره لعرف البلد.

ألا ترى أن الشرط إذا خرج على وفاق العادة صار فى حكم المسكوت عنه.

فكذلك المتروك بوفاق العادة يصير كالمذكور.

ومن أصحابنا من احتج بأنه صحة الفسخ بأحد البدلين من خاصة المثمنات، فلا يجوز أن يثبت فى الثمن كما أن عدم صحة الفسخ بأحد البدلين من خاصة الأثمان إلا فى الأثمان لو تعين المثمن لقبل الفسخ. وهذا غير قوى ؛ لأنه يقول : إن الثمن متى تعين صار فى حكم المثمنات كالمكيل متى ثبت دينا فى الذمة صار فى حكم الأثمان.

وهذا كالثمن إذا استحق بعقد الهبة كان فى حكم المثمنات.

وعلى هذا تخرج مسألة صرف دراهم دين بدراهم دين. فإنه يجوز عندنا ؛ لأنها وإن عينت لم تتعين(٣) .

١ ـ فى نسخة (أ) : «فلو»

٢ ـ العادة : عرفها الفقهاء بأنها عبارة عما يستقر فى النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع.

(الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٣ والتعريفات للجرجانى ص ١٤٦، ١٤٩)

٣ ـ راجع أيضا المبسوط ١٩/١٤

وعند زفر : لايجوز لما روى النبى عليه السلام : «أنه نهى عن الكالى بالكالىء(١) فلابد أن يعين أحدهما كالحنطة بالحنطة لا يجوز إذا كانا دينين، إلا أنا نجوزه ؛ لأنها(٢) لا تقبل التعيين، ويجعل التعيين فى المجلس بالقبض معتبرا بابتدائه لما ذكرنا، ويجعل المقبوض فى حكم عين الواجب لضرورة أن (الاستبدال) (٣) به لا يجوز، ولولاه لما شرط قبض البدل الذى ليس بعين فى المجلس ؛ لأنه يكون عينا بدين كشراء العبد بدراهم لا يجب التقابض، ولما يجب، علم أنه إنما وجب لأنها لا تتعين على ما بينا فيما مضى، فلم يصح الافتراق عن دين بدين؛ فشرط قبض أحدهما لتعين، وشرط قبض الآخر للمساواة،

ولا يلزم على هذا بيع(٤) الفلس بالفلسين بأعيانها، فإنها تعين بالتعيين(٥) وهى أثمان ؛ لأنها أثمان اصطلاح،

ألا ترى أنها تكسد(٦) ، وهى على هذه الصفة فيكون إقدامهما(٧) على العقد قصدا للجواز، ولا جواز إلا أن يكون سلعة ليسقط الربا فى أن الاصطلاح منهما فى حقهما ، فصارت كاسدة فى حقهما سلعة بخلاف الدراهم فى مثلها فإنها وإن صارت

١ ـ الحديث سبق تخريجه فى الجزء الأول ص : ١٤١

٢ ـ أى لأن الدراهم، أو بلفظ عام : لأن الأثمان

٣ ـ فى نسخة (ب) : «الاستدلال»

٤ ـ احترازعن بيع الفلوس بعضهم ببعض متفاضلا مع أنها تعتبر من الأثمان،

٥ ـ وذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد بن الحسن رحمهم الله،

راجع للمزيد من المعرفة الهداية وشروحها ١٦٢/٦ وبدائع الصنائع ١٨٥/٥ والبحر الرائق ١٣١/٦

٦ ـ راجع لكساد الفلوس ٣٧٨/١

٧ ـ أى إقدام العاقدين

سلعة نقرة لم يجز بيع واحد بإثنين، ولأن الدراهم أثمان (صنعة)(١) لا يوجد غير أثمان بالكساد، بل تعز وترخص وتكون أثمانا فى كل حال(٢) ، فبالاصطلاح على أن لا تكون أثمانا لا تصير غير أثمان لما كانت أثمانا بالضرب لا بالاصطلاح،

ولا يلزم على شىء من هذه الكلمات ما قالوا فيمن اشترى شيئا بدراهم مغصوبة وأشار إليها، فربح، فإن الربح لا يطيب له ولو لم يشر إليها لطاب له الربح، ولو كانت لا تتعين لما خبث الربح ؛ لأنه وإن أشار إلى الدراهم المقصودة بالعقد لا يتعلق بها حتى يجوز(٣) ويلزمه بدراهم غيرها، ولكن الربح مستفاد من جواز التصرف، والجواز متعلق بتلك الإشارة ؛ لأنها معتبرة لبيان النقد والضرب، وبهما يجوز العقد ، وإن لم تكن معتبرة للتعيين، فلما تعلق الجواز وحصول الربح بتلك الإشارة وهى معصية لحصولها إلى مال الغير وقصده التصرف بها تمكن الخبث فى الربح المستفاد به لما صارت الإشارة حراما شرعا،

وتبين بما قلنا أن الأموال فى الأصل ما تقوم به مصالح الناس مما فى الدنيا، وإنها نوعان : أثمان ومثمنات ؛ أى قيمة ومتقومات،

والأثمان : ما يكون سببا للوصول إلى الأموال التى تتعلق بها مصالحنا، ولا تكون بأنفسها لولا السببية أموالا لعدم قوام المصالح بأعيانها،

والمثمنات : ما تتعلق المصالح بأعيانها، وكذلك القيم : عبارة عن معانى الأموال، والمقوم : عبارة عن العين المتضمن للمعنى،

١ ـ فى نسخة (ب) : «صيغة»

٢ ـ أى قد يطرء على الدراهم الغلا والرخص ولكنها لا تكسد كالفلوس وتبقى أثمانا على كل حال،

٣ ـ أى يجوز العقد،

والمصالح إنما ترتفع بالأعيان انتفاعا بها أو أكلا وشربا، لا بالمعنى الذى نسميه قيمة، وهو الذي يتفاوت بالغلاء والرخص.

ثم أصل الأثمان الذهب والفضة ؛ لأنه لا يرتفع بها من مصالحنا التى يقع بها البقاء، لا للنفس ولا للحبس، فعلم أنهما(١) مخلوقان للمعاوضة / بهما ليكونا [٣٨٢ب] أسبابا لاختلاف الأموال، وسبب أنهما سبب كل مال سميا بالثمن، وكانا من أعز الأموال.

وتعلقت الزكاة بعينهما ؛ لأنهما للتجارة، ولما خلقت ولم يسقط هذا الحكم باتخاذ الحلى فى حق الزكاة(٢) . وإن طلبت من عينه منفعة ؛ لأنه تبع منفعة لا يتعلق به القوام، ومنفعة (الاستبدال)(٣) بها مما يتعلق به القوام، فلا يسقط الأصل (بالتبع)(٤) .

وإذا اشترى بهما قبل الضرب دراهم صلحت ثمنا لاعتبار المعنى، وإذا عينت تعينت لاعتبار منفعة العين من حيث التحلى بهما ؛ لأنه معنى مطلوب من عينه دون معناه، وليس فى اعتباره منافاة الأول، فإن أموال التجارة كلها للبيع والشراء، وهى أعيان.

فأما إذا ضربت دراهم فلم تبق لعينها عبرة ؛ لأنها بعد الضرب لا تستعمل إلا للتجارة بها، فصار حكم المعاوضة فيهما إيجابهما دينا فى الذمة من نقد معلوم لا غيره للعين فيه ؛ لأنه طلب منها بالمعاوضة المعنى الذى لأجله صارت مالا، فتعلق

١ ـ أى الذهب والفضة.

٢ ـ راجع للمزيد من المعرفة بدائع الصنائع ١٧/٢ وفتح القدير لابن الهمام ١٦٣/٢ وما بعدها.

٣ ـ فى نسخة (ب) : «الاستدلال»

٤ ـ فى نسخة (ب) : «بالبيع»

الحكم بالمعنى لما طلب المال والمالية فى المعنى فسقط اعتبار العين ؛ لأنه غير مال عند تعلق الحكم بالمعنى على ما بينا ٠

وإذا استعمل فى الشرعيات سقط اعتبار معناه بهذا العقد ؛ لأنه لم يطلب منه غيره٠ فعلق الحكم بالعين لقيامه مقام العين بحكم السببية بخلاف باب الزكاة ، فإن المعنى لم يسقط بالابتذال فى حلى ؛ لأنه حال الابتذال صالح للاستبدال بها٠ والصناعة لم تسقط اعتبار (حكم جواز)(١) الاستبدال بل (عارضه)(٢) ٠ وتلك الجهة أقوى على ما بينا ؛ فلم يسقط اعتبارها ٠

فأما الشرع فقد أسقط منه حكم الاستبدال بواحدة ؛ فإنه لا يثبت بالتبرع ولا يتصور ثبوته٠ فبقيت العبرة للعين٠

وأما المثمنات التى هى (مقومات)(٣) بالأثمان ولا تكون قيمة (لأنفسها)(٤) ولا غيرها ، مثمنات محضة، مالها حكم السببية لجلب الأموال خلقة ٠ بل خلقت لإقامة المصالح بأعيانها ، فكانت أموالا بأعيانها متبذلة، فلم تجب الزكاة فيها حتى نجعلها للنماء بسببه٠ فإنها صالحة لذلك شرعا ولما صلحت وأعدت للتجارة بها وجبت الزكاة، وسقط حكم الابتذال ؛ لأن القوام كما يتعلق بإبتذال العين كذلك يتعلق بالاستبدال بشراء ما يحتاج إليه بما لا يحتاج إليه٠ واكتساب زيادة لوقت الحاجة بل أكثر ؛ لأن العين بعين بالابتذال فلا تقوم به إلا مصلحة موقتة٠ وإذا أتجر بها (تعلقت به)(٥) مصلحة دائمة٠

١ ـ فى نسخة (ب) : «جواز حكم»

٢ ـ فى نسخة (ب) : «عارضة»

٣ ـ فى نسخة (أ) : «متقومات»

٤ ـ فى نسخة (أ) : «أنفسها»

٥ ـ غير موجود فى نسخة (ب)

وإذا كانت هذه الجهة أقوى سقط الأول بها وكان حكم المعاوضة فيها إيجاب الملك فى أعيانها ؛ لأن الأصل فيها أنها أموال بأعيانها والمعنى من حيث السببية عارض وبأن جعلت أسبابا وأعدت للتجارة لم يخرج عن تعلق المصالح بأعيانها، فلم يسقط اعتبار العينية به، فصار موجب حكم العقد فيه إيجاب الملك فى عينه، وصار غيره منقولا عنه لعذر.

وأما المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة فهى قيم أنفسها عند الاستهلاك ومتقومة بغيرها. وهو الدراهم فى الأسواق والمبايعات. وليست بقيم لغيرها. فكانت أثمانا من وجه مثمنات من وجه.

وكذلك الثياب حال الثبوت(١) أوصافا لا أعيانا، فكانت هذه الجملة من أجناس المثمنات فى أن لا تجب الزكاة فيها إلا بالتجارة بها ؛ لأنها فى أصل الخلقة للانتفاع بأعيانها أكلا أو شربا(٢) لا للتجارة بها، فلم تكن من الأموال النامية خلقة.

وكذلك فى باب البيوع هى مثمنات. وهذه الصفة أصلية. ولكن إذا ثبتت ثبوت الأثمان وانقلبت أثمانا ؛ لأن فيها معنى الثمن من وجه على ما ذكرنا، كما إذا أعدت للتجارة بها صارت من أموال الزكاة لاحتمالها ذلك.

فصارت المثمنات نوعين فى باب حكم البيع :

١ ـ أى الثبوت فى الذمة.

٢ ـ وكذلك لبسا.

* مالا تثبت أثمانا بحال تكون مبيعة فى كل حال، ولا تثبت دينا إلا سلما رخصة، ولكن على حكم المبيع فيما وراء العينية،

وهى الأموال المتفاوتة قيمتها قوبلت بأنفسها أو غيرها،

* وما تثبت ثمنا إذا قام دليله لكونها ثمنا من وجه، وهى الأموال المتساوية قيمتها(١) إذا قوبلت (بأنفسها)(٢) ،

وفى باب الزكاة، المثمنات كلها بحيث لا تجب فيها الزكاة، فاذا قام دليلها وجبت(٣) ، فلم تكن قسمين،

وكذلك الأثمان فى حكم البيع نوعان :

* مالا تثبت مبيعا عينا بحال، وهى المضروبة دراهم ودنانير، فإنها بعد الضرب لا تصلح إلا للتجارة بها، ولا تقوم بعينها مصلحة بوجه، وكانت أمثالا لأنفسها ولا غيارها، فكانت (قيما محضا)(٤) ،

ولم يستثن فى هذا الباب حال الرخصة كما استحق فى المبيع ؛ لأنه لا ضرورة بنا إلى جعلها مبيعة،

* وما يثبت مبيعا إذا قام دليله وإن كان ثمنا فى أصله، وهو قبل الضرب ؛ لأنه الآن صالح للإنتفاع بعينه على ما مر،

١ ـ من المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة

٢ ـ فى نسخة (أ) : «بنفسها»

٣ ـ أى إذا اعدت للتجارة بها تجب فيها الزكاة،

٤ ـ ساقط فى نسخة (أ)

وكذلك قد تقوم به الأعيان وقد لا ، كما في بعض البلدان.

وأما في حق الزكاة فالنوعان (نوع)(١) واحد، لاتسقط الزكاة بجعلها بذلة وإن صلحت له.

فالأنواع أربعة في حكم المعاوضة(٢) ، وفي حق الزكاة نوعان(٣) .

— * —

١ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ ـ وهي بالإختصار :

(١) الأموال المتفاوتة، مثل الفرس والإبل

(٢) الأموال المتساوية، مثل الحنطة والشعير

(٣) الأثمان المضروبة، كالدراهم والدنانير

(٤) الأثمان الغير المضروبة، مثل التبر والنقرة.

٣ ـ وهما :

(١) الأموال أو العروض

(٢) الأثمان.

مسـألة

[الخلاف فى حكم جعل بدل الصرف قصاصا بدين]

إذا / تصارفا ثم جعل بدل الصرف قصاصا بدين وجب له على الآخر قبل [١٨٣أ]
العقد صح استحسانا(١)

والقياس (٢) : أن لا يجوز(٣) ؛ لأن فيه استبدالا ببدل الصرف قبل القبض فلم يجز كما لو جعلاه قصاصا بدين وجب له بعد العقد حكما، وكما لا يصير قصاصا بلا مقاصة، وحبس الدينين متى اتفقا التقيا قصاصا بلا مقاصة.

فلما لم يصر ههنا، علم أن العقد مانع لما فيه من الاستبدال وإنه قائم مقام المقاصة.

إلا أنا نقول : بالمقاصة يصير كأنهما فسخا العقد بالبدل المطلق وعلقاه بالدين، وتصارفا الدين الذى عليه بدينار، وهذا جائز.

وإنما قلنا : «يصير هكذا ؛ لأن المقاصة تقتضى أن يكون المحل الذى يقابله غير واجب بعقد الصرف، فإنه متى كان واجبا به لم يحتمل الاستبدال، فيثبت هذا المقتضى - وهو محل العقد بعقدهما - ضرورة عقد عقدا، ولا جواز إلا به كما فى قوله : «اعتق عبدك على بألف» ، فقال : «أعتقت»، ثبت الشراء أولا ثم العتق على ما بينا فى موضعه(٤) ، فيصير بناء على تلك المسألة(٥) .

١ ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ١٩/١٤ والعناية ٢٧٢/٦-٢٧٣ والكفاية ٢٧٢/٦

٢ ـ أى القياس على استبدال ببدل الصرف ؛ فإنه لا يجوز (المبسوط ١٩/١٤، ٢٢ وبدائع الصنائع ٢١٨/٥ والعناية ٢٧٢/٦)

٣ ـ وبه قال زفر رحمه الله (المبسوط ١٩/١٤، والكفاية ٢٧٢/٦، ٢٧٣ والعناية ٢٧٢/٦ وحاشية ابن عابدين ٢٦٥/٥)

٤ ـ راجع ٢٨٧/١

٥ ـ أى تجعل المقاصة متضمنة لفسخ العقد الأول والإضافة إلى الدين الذى كان عليه.

وكذلك الزيادة في الثمن من هذه الجملة(١) .

فأما إذا جعلاه قصاصا بدين وجب بعد العقد حكما، فقد ذكر فى بعض الروايات : أنه يجوز(٢)

١ ـ كما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة يتضمن العقد انفساخ الأول والإضافة إلى الثانى . سبق الكلام فى الزيادة فى الثمن فى الجزء الأول ص : ١٩٥

٢ ـ يتبين بما ذكر المؤلف رحمه الله هنا أن فى المسألة ثلاث حالات :

الأولى : إضافة العقد إلى الدين الواجب، كما كان لشخص على آخر عشرة دراهم، فباعه الذى عليه العشرة دينارا بالعشرة التى عليه، فلا خلاف فى جواز ذلك بين أئمة الحنفية.

والثانية : إطلاق العقد وعدم إضافته إلى الدين الواجب قبل العقد ثم الاتفاق على القصاص بالدين، ومثال ذلك أن يكون لشخص على آخر عشرة دراهم، فباعه الذى عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم مطلقة، ثم جعلا بدل الصرف هذا قصاصا لذلك الدين، فإنه يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد بن الحسن - رحمهم الله - استحسانا.

ولا يجوز عند زفر رحمه الله قياسا على استبدال بدل الصرف.

وهذه هى عنوان المسألة المذكورة فى نص الكتاب.

والثالثة : إطلاق العقد، ثم الاتفاق على القصاص بالدين الذى وجب بعد العقد.

ومثال ذلك : أن يشترى شخص من آخر دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار، ثم مشترى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم، ثم أراد أن يتقاصا :

ففيها روايتان :

الأولى : رواية أبى سليمان - وهو موسى بن سليمان الجوزجانى تلميذ الإمام محمد - : أنه يجوز وتقع المقاصة.

(راجع لترجمة أبى سليمان الجواهر المضية ٥١٨/٣ والفوائد البهية ص ٢١٦)

والثانية : رواية أبى حفص - وهو أحمد بن حفص البخارى المشهور بأبى حفص الكبير، أخذ الفقه عن محمد بن الحسن أيضا - : أنه لا يجوز ولا تقع المقاصة. (راجع لترجمة أبى حفص الجواهر المضية ١٦٦/١ والفوائد البهية ص ١٨)

وإلى هذه الرواية أشار المؤلف رحمه الله بقوله : «عامة الروايات، ويفهم من كلامه ترجيحه تلك الرواية كما رجحها شمس الأئمة السرخسى وقاضيخان الحسن بن منصور (المبسوط ٢٠/١٤ العناية ٢٧٤/٦)

واختار الأولى فخر الاسلام البزدوى على بن محمد وعلى بن أبى بكر المرغينانى صاحب الهداية (العناية ٢٧٤/٦ والهداية ٢٧٤/٦)

ووجه عامة الروايات : أن الفسخ يثبت مقتضى فلا يثبت عاما ، ولكن بقدر الضرورة وهو الانفساخ فى حق تعلق الصرف بالبدل المطلق، وتعلقه بالدين المضاف إليه، كأن ذلك العقد الأول أضيف إلى هذا البدل الثانى كما فى زيادة الثمن، لا أن يجعل عقدا جديدا للحال إلى هذا البدل الثانى كما فى زيادة الثمن، لا أن يجعل عقدا جديدا للحال.

وإذا كان كذلك لم يجز كما لو باعه الدينار بدين يجب على مشترى الدينار، فلا يجوز، وهذا بخلاف السلم، فإنهما لو جعلا راس المال قصاصا بدين قبل العقد لم يجز ؛ لأنهما لو أسلما الدين فى كر حنطة ابتداء لم يجز ؛ لأنه يكون دينا بدين، وفى الصرف يجوز لقبض البدل الآخر فى المجلس، فيكون دينا بعين.

— * —

مسـألة

[الخلاف فى حكم الشراء بالدين من غير من عليه الدين]

الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يجوز عند علمائنا الثلاثة.(١)

وقال زفر : يجوز(٢) ؛ لأنه دراهم غير عين ؛ فلا يتعين بالإجماع مستحقا بالعقد، فيجوز العقد كما لو لم يشر إليه. وجرت الإشارة مجرى بيان النقد كما قلتم أنتم فى الإشارة الى دراهم عين : إنها لبيان النقد.

والدليل عليه : أنه إذا اشترى بالدين شيئا ممن عليه، ثم تصادقا أن لا دين صح الشراء بمثله. ولو تعلق بعينه لبطل لعدمه كما فى الصلح، وكما لو اشير إلى عين ثم لم توجد.

وكذلك لو حلف ليقضى فلانا ما عليه دراهم فباعه ثوبا بها بر فى يمينه كأنه قضى له الدراهم، ثم باعه ثوبا ؛ لأن الشراء لا يتعلق بعينه بل بمثله، ثم يبرأ الحكم المقاصة، كما فى نفس الإيفاء دراهم يبرأ بالمقاصة.

وبمثله لو صالح عنها على ثوب حنث فى يمينه ؛ لأنه يتعلق بعينه فلم يصر موفيا ما عليه دراهم. بل أوفاه ببدله وهو الثوب.

إلا أنا نقول : إن هذا الشراء بمنزلة شراء ثوب بدراهم على أن يكون تسلم الثمن على المديون فيبطله ؛ لأنه شرط فاسد معتبر ؛ لأن البيع يقتضى التسلم على المشترى. فإذا شرط على غيره كان فاسدا ؛ لأنه خلاف حكم العقد، وهو معتبر ؛ لأنه ينتفع به فبطل، كما إذا اشترى بشرط أن يكون تسليم المبيع على رجل ثالث.

١ ـ يعنى أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد بن الحسن رحمهم الله

٢ ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ٢٢،٢١/١٤

وإذا قلنا : «يصير هكذا» لأنه اضاف الشراء إلى الدين، والإضافة توجب التعلق به وجوبا لأصل / الملك وتسليما، وقد بطل التعيين فى حق وجوب أصل الملك ؛ لأنه لا يقبله، فبقى فى حكم التسليم ؛ لأنه مما يقبله.

وإذا تعلق (حكم)(١) التسلم به وجب على من عليه ؛ لأن تسليم ما عليه لا يتصور إلا منه بنفسه أو بنائبه حتى إذا تبرع عنه متبرع بالأداء لم يصر قاضيا ولا مؤديا. بل برأ عنه بلا أداء كأنه أبرأه عنه، حتى لو حلف ليقضين اليوم فقضى غيره بغير أمره ومضى اليوم حنث فى يمينه.

أو يقال : لما تعلق التسليم بذلك الدين والشارط عن تسليمه عاجزا لم يصح الشرط فكان فاسدا من هذا الوجه.

— * —

١ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

مسـألة

[الخلاف فى حكم الإجازة بعد قبض المستحق]

المتصرفان إذا تفرقا عن قبض مستحق ثم وردت (الإجازة)(١) لم يبطل عندنا ، خلافا لزفر.

والمسألة مرت فى كتاب الغصب(٢) فى مسألة المشترى من الغاصب إذا أعتق(٣) .

— * —

١ ـ فى نسخة (ب) : «الإجارة»

٢ ـ ينبغى أن يقول : «فى كتاب البيوع» لأن المسألة مرت فى كتاب البيوع (راجع ١/ ٢٨٧) بالتفصيل وأحال عليها فى كتاب الغصب بعد ذكر عنوان المسألة (راجع ٣ / ١٩٥) كما هو الحال هنا.

ويرجع للمسألة أيضا إلى المبسوط ١٤/٢٢-٢٣

٣ ـ ثم أجاز المغصوب منه الشراء

مسـألة

[الخلاف فى حكم شراء فلوس غير مشار إليها بدراهم عين]

إذا اشترى فلوسا(١) غير مشار إليها بدراهم عين صح.

وقال زفر : لايصح(٢) ؛ لأن الدراهم ثمن صيغة، والفلوس أثمان اصطلاح وليس بأثمان صيغة. فإذا قوبل أحدهما بالآخر والعقد يشتمل على ثمن ومثمن فى الأصل كانت الفلوس أولىٰ بأن تجعل مثمنة فلم تثبت ثمنا مطلقا كالمكيل إذا قوبل بالدراهم(٣) .

إلا أنا نقول : الفلوس أثمان كالدراهم فى بياعات الناس ؛ إلا أنها أخس كالدراهم من الدنانير.

وإنما يختلفان فى علة الثمنية : الفلوس بالاصطلاح، والدراهم [بالضرب](٤) فأما بعد قيام العلة فحكم الثمنية ثابت فيهما على السواء، فصح الثبوت فى الذمة على حكم الأثمان بخلاف المكيلات ؛ لأنها ليست بأثمان مطلقة. بل من وجه فى حق أنفسها دون غيرها.

— * —

١ ـ أى فلوسا غيرعين

٢ ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ٢٤/١٤ وما بعدها.

٣ ـ قال فى المبسوط (٢٥/١٤) : «... من أصل زفر أن الفلوس الرائجة بمنزلة المكيل والموزون تتعين فى العقد إذا عينت. وإذا كانت بغير عينها فإن لم يصاحبها حرف الباء لا يجوز العقد ؛ لأنه بيع ما ليس عند الإنسان. وإن صحبها حرف الباء وبمقابلتها عوض، يجوز العقد ؛ لأنها ثمن، وإن كان بمقابلها النقد لا يجوز العقد ؛ لأنها تكون مبيعة إذا قابلها ما لايكون إلا ثمنا»

٤ ـ غير موجود فى نسخة (أ) و (ب) : وما ثبت من مقابلة نسخة (ب)

مسـألة

[الخلاف فى حكم البيع بفلوس بالذمة إذا كسدت قبل القبض]

إذا اشترى شيئا بفلوس فى الذمة، فكسدت(١) قبل القبض بطل الشراء عندنا.

وقال زفر : لايبطل(٢) ؛ لأنه ليس تجب بالكساد / إلا العجز، عن تسليمه، [٣٨٣ب]

والعقد لا يبطل بالعجز عن التسليم مع قيام البدل بنفسه كما لو أبق العبد. وكما لو أسلم فى الرطب فانقطع أوانه، وكالمشترى إذا مات مفلسا أو أفلس حال حياته.

١ ـ كساد الفلوس هو ترك الناس المعاملة بها.

سبق الكلام فى ذلك فى الجزء الأول ص:٢٧٨

٢ ـ الظاهر من كتب الحنفية أن فى المسألة روايتين عن أئمة المذهب:

الأولى : بطلان العقد عند ابى حنيفة خلافا لأبى يوسف ومحمد بن الحسن رحمهم الله هكذا ذكر القدورى وتابعه صاحب الهداية

(مختصر القدورى مع شرحه اللباب ٢/٥١-٥٢ والهداية ٦/٢٧٨)

وكذلك ذكر فى بدائع الصنائع (٥/٢٤٢) والبحر الرائق ٦/٢٠١)

والثانية : بطلان العقد عند الأئمة الثلاثة المذكورين من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر رحمه الله، كما ذكر المؤلف رحمه الله هنا. (وكذلك فى المبسوط ١٤/٢٦)

(راجع أيضا فتح القدير لابن الهمام ٦/٢٧٨ والعناية ٦/٢٧٨) قال فيه : «وإذا باع بالفلوس النافقة كسدت... عند أبى حنيفة بطل البيع خلافا لهما. قال الشارحون : هذا الذى ذكره القدورى من الاختلاف مخالف لما فى المبسوط والأسرار وشرح الطحاوى حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس فى هذه الكتب من غير خلاف بين اصحابنا الثلاثة...»

قال ابن عابدين فى حاشيته منحة الخالق على البحر الرائق (٦/٢٠١) : «قال فى النهر، واعتراضهم فى الحواشى السعدية بأن محمدا لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد، فكيف يستقيم ذلك على قوله فليتأمل؟

أقول : وكذا أبو يوسف لا يقول به أيضا كما قد علمت، فكيف يكتفى للفساد بالكساد فى تلك البلدة على قوله، ثم رأيت بعد التأمل أن مما يجب المصير إليه فى الجواب : أن ما فى العيون مبنى على ما جرى عليه فى المبسوط والأسرار وشرح الطحاوى من أن الفساد بالكساد فى الفلوس قول الكل. وأن الخلاف الأول مقصور على الدراهم المغشوشة، وسوى القدورى بين الكل. وهو الوجه. إذ لا فرق يظهر. ولم أر من أفصح عن هذا. والله تعالى الموفق.»

ولأن الكساد صفة عارضة غيرت صفة البدل، وهو تعرض الزوال بالرواج فلا يوجب بطلان العقد كمن اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض، بل أولى ؛ لأنه (بالتخمر تسقط)(١) مالية العين منه وقيمته اصلا وبالكساد لا تسقط،

إلا أنا نقول : بأن هلاك المثمن قبل القبض يبطل العقد، فكذلك هلاك الثمن، لأن العقد عقد معاوضة لا ينعقد إلا ملكا بملك على سبيل المساواة وقوعا، وكذلك بقاء ؛ لأن حكم العقد باق مالم يقبض البدلان، وإنما ينتهى بالقبض، وقياسا على المثمن، ولا إشكال فيه، وإنما الإشكال فى بيان الهلاك، وإنه ذكر أنه خلل وقع فى التسليم،

والدليل عليه : أن المملوك بالعقد مالية الثمن وإنه يخالف مالية المثمن على ما ذكرنا : أن الثمن بمعنى قيم الأشياء، ومعانيها، والمثمن عبارة عن الأعيان أو المثمن، أو المثمن : ما كان مالا بمنافع تحصل من عينه، والثمن: ما يصلح للتوصل إلى غيره ما ينتفع به على ما مر(٢) ،

ومالية الثمن فى الفلوس كانت بالرواج، فإذا كسدت ذهبت العلة فهلكت المالية كمالية العبد لما كان بحياته، فاذا ذهبت الحياة ذهبت المالية بخلاف إباق(٣) العبد ؛ لأنه مال مملوك حيث هو، وإنما بعد عن يد البائع فعجز(٤) عن تسليمه،

١ ـ فى نسخة (ب) : «بالتخمير سقط»

٢ ـ راجع ص١٥٩ ومابعدها و ص : ١٨١

٣ ـ سبق تعريف الإباق فى ١ / ٣١٨

٤ ـ أى عجز البائع

وكذلك الإفلاس ؛ لأن مالية المسمى فى الذمة لا يثبت بإصابة المشترى ذلك العين، بل قيام هذا الوصف(١) المسمى.

ألا ترى أنه بذلك الوصف يصير مالا أينما يكون وإن لم يقع فى يده. وإنما قدرته على عينه شرط التسليم ؛ لأن الدين لا يمكن تسليمه من غير أن تصل إليه اليد.

وكذلك انقطاع أوان الرطب ؛ لأن الأوان سبب الوصول إلى العين لا غير، والعين للقدرة على التسليم(٢) .

فأما قيام صفة الثمنية للفلوس فليس بسبب للوصول إلى عين الفلوس ؛ فإنه يصل إليها بعد الكساد والثمنية فائتة، ولا يصل إليها إذا عزت(٣) وفقدت أعيانها والثمنية له باقية.

وبخلاف من اشترى عصيرا فتخمر ؛ لأن العصير عين مشار إليها، وبالتخمر تبدل وصفه لا عينه. وهذا التبدل لا يبطل ملك الغير.

وإذا كانت العين المشار إليها باقية. وملكه فيها باق، ولكنه عجز عن تسليمها ؛ لأن الشرع منعه عن ذلك لم يبطل العقد بنفس العجز كالعبد يأبق.

وقيل بأنه متى ارتفع بالتخلل كان له التسليم غير أن المشترى يخير بتغير الوصف.

١ ـ أى وصف الثمنية

٢ ـ راجع للمزيد من المعرفة فى ذلك ٢٣٦/١ و ما بعدها

٣ ـ أى ارتفعت قيمتها.

فأما البدل فى مسألتنا هذه [فموصوف فى الذمة بالثمنية، فقام الوصف مقام العين فى مسألتنا هذه](١) وصار هلاك هذا الوصف، والعقد متعلق به بمنزلة هلاك العين.

فإن قيل : وفى العين يتعلق صحة العقد بصحة التقوم، فإنه لا يرد العقد على غير متقوم.

قلنا : إن الخمر عندنا لا تسقط ماليته وقيمته من كل وجه ألا ترى أنه إذا اشترى عبدا بخمر وقبض ملك، ولو اشترى (بميتة)(٢) وقبض لم يملك ؛ لأن الخمر مال متقوم فى اصله إلا أن الشرع حجر علينا عن إظهارها بالتصرف أو (الاستبدال) (٣) وألحقها بما ليس بمال متقوم بنفسه، وذلك فى ابتداء التصرف ليس فى البقاء، إذ ليس فى البقاء تصرف، فلذلك ظهر حكم المالية والقيمة فى حقه كما ظهر فى البيع الفاسد لما لم يجب فيه استحقاق المسمى بالتصرف.

ولهذا ظهرت قيمته فى حق الكفار ؛ لأنه لا حجر عليهم(٤) .

— * —

١ ـ غير موجود فى نسخة (أ) و (ب) والإثبات من مقابلة نسخة (ب) وينبغى إثباته فى النص لاستكمال اللفظ والمعنى.

٢ ـ فى نسخة (أ) : «ثمنه»

٣ ـ فى نسخة (ب) : «الاستدلال»

٤ ـ سبق الكلام فى مالية الخمر فى ١/٢٧٠

مسـألة

[الخلاف فى ضمان كساد الفلوس المستقرضة]

وإذا استقرض فلوسا فكسدت ضمن مثلها عددا إن بقيت عددية بعد الكساد عند أبى حنيفة.

وكذلك لو كان المقبوض قائما رده و (برىء)(١) .

وكذلك اذا غصب فلوسا فاستهلكها ثم كسدت ضمن مثلها عددا إن بقيت عددية، وبرىء عن الضمان.

وقال صاحباه(٢) : يضمن قيمتها من الذهب والفضة(٣) ؛ لأن الواجب عليه بالاستقراض أو الاستهلاك والغصب مثل ما قبض فى الذمة.

ومثله فلوس رائجة، هى أثمان، والكساد يجرى مجرى الهلاك على ما مر فى المسألة الأولى، وإذا هلك ما فى الذمة ووقع العجز عن تسليمه بعد الهلاك ضمن المثل من قميته كالعين المغصوب اذا هلك، فإنه يضمن قيمته.

ألا ترى أنا فى المسألة الأولى اعتبرنا هلاك الثمن بالكساد بهلاك العين ؛ فكذلك ههنا.

بخلاف من اغتصب فلوسا فكسدت، وهى قائمة ؛ لأن الواجب عليه الآن رد العين. والعين قائم مالا، وإنما تغير صفته فلا يسمى هلاكا كما لو رخصت، وكما إذا اشترى فلسا بفلسين بأعيانهما ثم كسدت قبل القبض فإن العقد لا يبطل.

١ ـ فى نسخة (ب) : «يبرأ»

٢ ـ يعنى أبا يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله

٣ ـ يرجع للمسألة إلى الهداية (٦/٢٧٨-٢٧٩) وشرحها فتح القدير لابن الهمام (٦/٢٧٨-٢٧٩) والمبسوط ١٤/٢٩ وحاشية ابن عابدين ٥/٢٧٠

فأما اذا كانت دينا فى الذمة فماليته لا تعرف بعينه ولكن بصفته فجرى هلاك الصفة مجرى هلاك الأصل.

وبخلاف ما إذا رخصت الفلوس ؛ لأن أصل المالية بالثمنية باقية، فهى كالعين اذا بقى ورخص (فلايكون)(١) فيه معتبرا ؛ لأنه شيء يقع فى قلوب الناس.

وبخلاف ما إذا ارتهن فلوسا وكسدت. فإن الدين لا يسقط ؛ لأن حكم الرهن تعلق بالعين كالغصب، فبقى الحال (بحبس)(٢) الحال بالدين، وإذا هلك صار مستوفيا للدين من قيمة هذا العين، لا عبرة فيه للثمنية وغيره، وهذا كله ؛ لأن العين يعرف بذاته والغائب بصفاته.

إلا أنه يقول(٣) : الواجب فى الذمة عن استهلاك مثل يقابل / المقبوض. [٣٨٤أ]
فإن الغصب يوجب رد عينه أو مثله عند العجز قائما مقام عينه كأنه هو. فيكون فى حكمه إذا تم ضمان رد العين لم يكن متعلقا بصفة الثمنية. وكذلك مثله، لا يجب بهذا الوصف.

أرأيت لو استهلكها بعد الكساد أكان يجب بصفة الثمنية ولم يكن عند الاستهلاك هذا الوصف ثابتا للأصل ؟

فكذلك فى مسألتنا، إذ فى الحالين يجب الضمان بنفس الغصب ألا ترى أن الخلاف ثابت فيما إذا هلكت. والهلاك لا يوجب ضمانا مبتدءا. فعلم أن الغصب يوجب ضمان العين على (قيام)(٤) صفة المالية مطلقة لا على قيام صفة الثمنية،

١ ـ ساقط فى نسخة (ب)

٢ ـ فى نسخة (ب) : «لحبس»

٣ ـ انتهى المؤلف رحمه الله من ذكر وجه أبى يوسف ومحمد بن الحسن فى المسألة وبدأ شرح ذكر وجه أبى حنيفة رحمهم الله جميعا.

٤ ـ ساقط فى نسخة (أ)

فكذلك إذا انتقل إلى المثل. وكذلك القرض بمنزلته فى هذا الحكم ؛ لأن القرض بمنزلة الإعارة على ما تبين من بعد.

وفى العارية(١) يجب رد عين ما استعاره على المستعير لاموصوفا بالثمنية كما فى الغصب، إلا أن الغصب ينتقل إلى المثل، والعارية لا تنتقل. فهو بالقرض صار مستعيرا إلا أنه ملك العين قائما مقام المنفعة فى سائر العوارى، فبشرط رد العارية بعينها ، فضمن رد مثله قائما مقام العين فى سائر العوارى على ما بين بعد هذا .

وإذا كان كذلك على صفة ما (يضمن)(٢) رد العين لو بقى بعد الإنتفاع به وإذا ضمن قائما مقام العين كأنه هو حكما. وصفة الثمنية لم تكن مراعا فى الأصل، وكذلك فى المثل كما فى الغصب سواء.

ألا ترى أن القرض لا يختص بالأثمان، بل يتعدى إلى كل مكيل وموزون وعددى متقارب بخلاف فلوس تثبت ثمنا(٣) ؛ لأنها لا تثبت فى الذمة كذلك إلا ثمنا ، ومتى جعلت مثمنا بطل العقد. وكذلك(٤) ببطلان صفة الثمنية(٥) .

فأما قوله : «إن الغائب يعرف بوصفه» فكذلك، ولكن بنا أن نتأمل أنه بأى وصف تعلق الحكم به ويقام ذلك الوصف(٦) مقام العين، لو كان عينا.

ألا ترى أنه لا يتغير بتغير القيمة بالغلاء والرخص ؛ لأن الحكم لم يتعلق به.

١ ـ سبق تعريف الإعارة والعارية فى ١/ ٣٤٣

٢ ـ فى نسخة (أ) : «ضمن»

٣ ـ أى تثبت فى الذمة بالشراء

٤ ـ كذلك يبطل العقد.

٥ ـ وذلك ؛ لأنها تكون مثمنا ببطلان هذه الصفة.

٦ ـ أى وصف الثمنية

وقد ذكرنا أن الوجوب بالغصب والقرض لم يتعلق بصفة الثمنية ولكن بمماثلة العين صورة وتركيبا ومالية ثمنا أو لم تكن، فالحكم سواء.

وسبيل هذا سبيل ما قال فى الجامع فى عاقد صرف أحال ببدل الصرف على رجل فى المجلس، وقبل الآخر الحوالة، ثم أبرأ برىء من غير قبول كسائر الديون وينتقض الصرف.

وبمثله لو أبرأ العاقد لم يبرأ إلا بقبول لما فيه من بعض العقد ؛ لأن الدين على الحويل إنما ثبت بعقد الحوالة(١) دون الصرف.

وعقد الحوالة لا يتعلق صحتها بدين يقبض فى المجلس فثبت عليه غير موصوف بوجوب قبضه فى المجلس حتى يمتنع الإبراء لما فيه من رفع حكم عقد لازم.

والصرف هكذا يوجب، فامتنع الإبراء إلا بتراضيهما.

— * —

١ ـ سبق تعريف الحوالة فى ص : ٥٨، و٣/٢٥١

مسـألة

[الخلاف فى حكم الشراء بدانق فلس أو سدس درهم فلس]

إذا اشترى شيئا بدانق(١) فلس أو سدس درهم فلس(٢) أجزأه عندنا ٠

وقال زفر : لايجوز(٣) ؛ لأنه لما قال : «سدس درهم» كان تسمية لقدر من الدرهم معلوم٠ فلما قال : «فلس»؛ فقد شرط أن يعطى مكانه فلسا ، وكذلك الدانق ؛ لأنه اسم بقدر من الفضة وهو سدس درهم لا لقدر من الفضة٠

ألا ترى أنه لو قال : «درهم فلس» لم يجز(٤) ، ولا فرق بينهما إلا من حيث القلة والكثرة٠

إلا أنا نقول : إن هذه التسمية فى العرف تسمية لقدر من الفلوس ابتداء٠ وهو ما يعادل الدانق من الدرهم، لأنه لا يعادله المسمى من حيث السهام إلا على سبيل الاستعارة من الدراهم٠

وإذا كان كذلك سقط اعتبار حقيقته ؛ وهو الإرادة من الدرهم بعينه ثم انتقال إلى الفلس بالمصارفة٠ فبطل ما قال زفر٠ كما لو اشترى بعشرة أفلس ابتداء٠

وكذلك الجواب فى درهم فلس٠

١ ـ الدَّانِق : هو سدس الدرهم٠ كما يبينه المؤلف رحمه الله بعد أسطر٠
(راجع أيضا الصحاح ١٤٧٧/٤ ولسان العرب ١٠٥/١٠)

٢ ـ أى اشترى بفلوس قيمتها دانق أو سدس درهم

٣ ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ٢٦/١٤ والعناية ٢٨٠/٦ والكفاية ٢٨٠/٦-٢٨١ والبحر الرائق ٢٠٣/٦

٤ ـ ذلك غير مسلم عند الجميع كما يأتى بيانه

قال محمد : الدرهم وما دونه(١) سواء، ولكنه فى الدرهم أفحش(٢) ؛ لأن الفلوس فى الأصل ما ضربت إلا لقيام مقام الفضة حال الحاجة إلى الكسور دون الصحاح فى الجملة، فمن حيث أنه ليس له فى الوضع يصير شرط مصارفة فى صفقة الشراء فلا يجوز، ولكن من حيث يستعمل فى الجملة لتعريف الفلس به يصير بيانا لأعداد الفلس فيجوز،

— * —

١ ـ أى ما كان أقل من الدرهم،

٢ ـ هذا القول ما ورد فى ظاهر الرواية، وروى هشام بن عبدالله الرازى تلميذ محمد وأبى يوسف (فوائد البهية ص ٢٢٣) عن محمد فيما دون الدر هم : أنه يجوز،

وإن قال : «بدرهم فلوس» أو «بدرهمين» : لايجوز،

قال فى المبسوط (٢٦/١٤) فى رواية هشام عن محمد : «وهو اختيار محمد بن الفضل البخارى»، هو إمام كبير معتمد فى الرواية، وهو استاذ استاذ المؤلف رحمه الله،

توفى سنة ٣٨١هـ (فوائد البهية ص١٨٤)

هذه ما ذكرها المرغينانى فى الهداية (٢٨٠/٦) عن محمد، قال فى العناية (٢٨٠/٦) أخذا بهذه الرواية : «وفصل محمد رحمه الله بين ما دون الدرهم وما فوقه، فجوز فيما دون الدرهم خاصة،»

القول الأول هو ما ذهب إليه أيضا أبو يوسف رحمه الله، قال فى الهداية (٢٨٠/٦) : «ولو قال : بدرهم فلوس أو بدرهمى فلوس فكذا عند أبى يوسف - رحمه الله - » أى يجوز، ثم أشار إلى ترجيح العلماء قوله قائلا (٢٨١/٦) : «قالوا : وقول أبى يوسف رحمه الله أصح لاسيما فى ديارنا»، يعنى المدن التى ما وراء النهر : لأنهم كانوا يشترون الفلوس بالدراهم ولأن المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحا للعلم بأنه المراد، ولا فرق فى ذلك بين ما دون الدرهم والدرهم فضلا عن الدرهم، (فتح القدير لابن الهمام ٢٨١/٦، راجع أيضا العناية ٢٨٠/٦ والبحر الرائق ٢٠٣/٦)

مسـألة

[الخلاف فى حكم الأجل فى القرض وبدل الصرف والسلم]

قال علماؤنا الثلاثة : الأجل فى القرض وبدل الصرف والسلم لا يصح، ويصح فيما عدا ذلك من الديون.

وقال زفر : لايصح فى قيم المستهلكات أيضا.(١)

وقال الشافعى : لايصح ضرب الأجل فى كل دين حال.(٢)

وقال ابن أبى ليلى(٣) : الأجل يصح فى القرض أيضا(٤)

فأما الشافعى فإنه يقول : بأنه دين حال فلا يتأجل بالشرط قياسا على القرض وبدل الصرف والسلم. وهذا لأن المطالبة تصرف مملوك بملك الدين فلا يملك إبطاله مع بقاء الملك ؛ لأنه علة فلا يسقط حكمه.

ألا ترى أنه لو اسقط حقوقه بعد القبض فى التصرفات المملوكة بحق الملك والقبض لم يبطل. ولأن العقد أوجبه حالا فلا يملك تغيير حكمه كما فى الصرف ؛ لأن التأخير بمعنى جعل منافع ذلك الملك(٥) لمن عليه الدين حكما ، فلا يلزم(٦)

١ ـ يراجع من كتب الحنفية المبسوط ٣٣/١٤ وبدائع الصنائع ٢٣٤/٥ وفتح القدير لابن الهمام ١٤٥/٦، ٢٦٣ والبحر الرائق ١٢١/٦، وحاشية ابن عابدين ١٥٧/٥-١٥٩

٢ ـ يراجع من كتب الشافعية الأم ٣٣/٣ والمهذب ٣٠٧،٣١٠/١، وروضة الطالبين ٣/٤،٣٤/٤ ومغنى المحتاج ١٢٠/٢

إن الحنبلية تتفق فى عدم صحة ضرب الأجل فى كل دين حال مع الشافعية

(راجع المغنى لابن قدامة ٣٤٩/٤ وكشاف القناع ٣١٦/٣)

٣ ـ هو محمد بن عبدالرحمن بن أبى ليلى الفقية المقرىء مفتى الكوفة وقاضيها. سبق ذكره وترجمته فى ٣٩٧/١

٤ ـ البحر الرائق ١٢٢/٦ والعقود الدرية لابن عابدين ٢٢٦/٢

قال بصحة الأجل فى القرض أيضا الإمام مالك والليث بن سعد رحمهما الله

(الفواكه الدوانى ١٣٣/٢ والخرشى ٢٣٢/٥ وحاشية الدسوقى ٢٢٦/٣ والمغنى لابن قدامة ٣٤٩/٤)

٥ ـ فى مدة الأجل

٦ ـ جواب عما يقال : هذا الذى قلتم ينافى بما إذا قبض شخص المال ثم أعاره، فإنه جائز وفيه جعل منافع ذلك المال له.

كما لو قبض ثم أعاره بخلاف ما إذا كان شرط فى البيع ؛ لأنه لم يجب له بالبيع إلا كذلك.

ولأنه صار شرطا فى عقد لازم فصار لازما تبعا له.

ألا ترى أن الوكالة غير لازمة. ولو رهن شيئا وسلطه على / البيع أو عدلا كان [٣٨٤ب] لازما.

ولأن المطالبة مما تتجد ساعة فساعة، فلم يصح الإبراء عنها قبل وجودها قصدا كالمرأة تبرىء زوجها عن النفقة، فإنه لا يصح بخلاف ما إذا جعل شرطا فى بيع ؛ لأنه للمنع من الثبوت ابتداء فجاز أن يعمل إذا قارن سبب الوجوب كما إذا خالع(١) امرأته بعد الدخول بها على أن لا نفقة لها، فإنه يصح على أصلكم، ولو خالعها بغير شرط ثم أبرأت لم يصح.

وأما عامة العلماء فإنهم ذهبوا إلى أن التأجيل يصرف فى المطالبة من حيث الإسقاط فى مدة كالإعارة شهرا تمليك للمنفعة فى مدة. والوقت فى الحالين (لبيان ما سقط)(٢) من المطالبة، وما دخل تحت العارية من المنفعة والمطالبة ملك له كأصل الدين كالتصرف بعد القبض على ما قاله الخصم.

وهذه المطالبة قابلة للسقوط، فإنها تسقط بشرط يقارن العقد وترك المطالبة من غير شرط. وكل محل كان قابلا لنوع تصرف شرعا صح فيه ذلك التصرف من المالك بحال. فإنه متى لم يصح مع ارتفاع وجوه الحجر عن حال المالك علم أنه لمنافاة المحل كبيع الميتة والدم. ولما ثبت أن المحل غير مناف لم يكن بد من النفاذ من المالك بحال ؛ لأن الملك علة الإطلاق.

١ ـ سبق تعريف الخلع فى ص : ١ / ٤١٧

٢ ـ فى نسخة (ب) : «له أن ما سقط»

والدليل على أن المحل قابل لتأخير المطالبة : أنه لو لم يطالبه به ولم يقبض حتى مضى الوقت لم يتغير حكم ذلك المحل، وقد تأجل حسا وكان فى الشرع ذلك منه حسنا جميلا، فكذلك بالشرط لا يوجب إلا ذلك التأخر بعينه، فكان الشرط جائزا،

وإذا ثبت أنه شرط جائز وهو إسقاط لا تمليك لزم بنفسه ولم يملك بنفسه الرجوع عنه كالإبراء بخلاف التمليكات، فإنه قد صح، ولا يلزم إلا بشرط،

فأما الاسقاطات كلها فمتى صحت لزمت بنفسها ولم يملك المسقط الرجوع عنها بنفسه، ولا الآخر إلا أن يكون فيه معنى التمليك من وجه، فيملك الآخر رده لشبه الملك كالإبراء عن الدين على ما عرف، فأما من حيث الإسقاط فلا يصح،

والتأجيل إسقاط للمطالبة محضة فى هذه المدة فيلزم بنفسه،

وكذلك إبراء المشترى البائع عن عيب السلعة يتم بنفسه، وإن كان إسقاطا لحقه فى وصف السلعة، لا عن أصلها،

ولا يلزم الإبراء عن بدل الصرف أو السلم(١) ؛ لأنه لا يحتمل السقوط،

ألا ترى أنهما لو تراضيا عليه انفسخ العقد ولم يسقط البدل بالإبراء،

١ ـ جواب عما يرد: أن الإبراء عن بدل الصرف أو السلم إسقاط لحقه فينبغى أن يلزم بنفسه، ومع ذلك أنتم تقولون بعدم سقوط إذا لم يقبل العاقد الآخر، وإذا قبل ببطلان العقد،

قال فى فتح القدير (٢٦٣/٦) : «لايجوز التصرف فى أحد بدلى الصرف قبل قبضه بهبة ولا صدقة ولا بيع فإن فعل بعض ذلك مع العاقد بأن وهبه البدل أو تصدق به عليه أو أبرأه منه، فإن قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض وإذا تعذر الشرط ينتفى المشروط،

وإن لم يقبل لا ينتقض ؛ لأن البراءة وما معها سبب الفسخ، فلا ينفرد به أحدهما بعد صحة العقد»

وهذا ؛ لأن صحة العقد متعلقة بالقبض فى المجلس والعقد يوجبه فلا يملكان تغيير موجبه، وهو عقد لازم.

ألا ترى أنهما لو تركا القبض بغير شرط حتى تفرقا بطل العقد.

فأما الشرط الحال فلا تتعلق صحته بقبض، فإنه لو أبرأه عن أصل الدين صح.

وكذلك لو لم يقبض حتى مات مفلسا وفات القبض لم يبطل العقد(بل وجبت المطالبة حالة ؛ لأن العقد أوجب الملك له فى الثمن حالا فملك المطالبة بالقبض حكما للملك على ما ذكره الشافعى(١) .

فيملك الإسقاط بحكم الملك أيضا إذا احتمل السقوط كأصل الدين، وكملك النكاح.

وهذا ؛ لأن البيع يوجب الملك ولا يوجب البقاء. والبقاء على ما وجب لعدم العلة المغيرة لا سبب البيع، فإذا جاءت العلة المغيرة تغيرت كأصل الدين.

ولهذا قال زفر فى قيمة المستهلك ؛ إنه لا يحتمل الأجل ؛ لأنه وجب بدلا عن عين حكما ليقوم مقام أصله فكان له حكم العين من هذا الوجه، وكان كالقرض.

وهذا بخلاف ما إذا أسقط حقوق ملكه فى العين بعد القبض أو قبله ؛ لأن الحقوق على قسمين :

منها : ما يصح إسقاطه كأصل الملك بالعتاق.

ومنها ما لايصح كحق المسكين والاستخدام والملك فى البهيمة لأن فى

١ ـ روضة الطالبين ٣٩٩/٣، ٤١٠ والمجموع ٣٣٩/٩

اسقاطه تعطيلا وتسييبا(١) ، وقد حجر الشرع عن تعطيل الأملاك وتسييبها بلا فائدة، ولا كذلك إسقاط المطالبات، فإن من عليه ينتفع به كما فى أصل الدين.

وكذلك الإعارة التى ذكرها على هذا، فإنها هبة المنفعة فتعتبر بهبة الأصل، وهبة الأصل على سبيل التمليك لا يتم إلا بقبض ولا يلزم دونه(٢) ، وإذا كان (ابراء)(٣) يصح كهبة الدين يصح بنفسه ويلزم.

فعلى هذا هبة المنافع إن كانت تمليكا لا تصح إلا بقبض، وإن كانت إسقاطا كما فى مسألتنا هذه يصح ويلزم بنفسه.

ولا يلزم إبراء المرأة عن النفقة(٤) لأنها تجب ساعة فساعة لقيام الاحتباس حال الوجوب، فلم يصح الإبراء عنه قبل الوجوب وقبل سببه ؛ لأنه لم يصادف محله حقيقة ولا حكما كما لو أخر الدين ولا دين ثم داينه فإنه لا يصح.

وصح شرطا فى الخلع ؛ لأن السبب أقيم مقام الوجوب على ما بينا فى موضعه(٥) .

١ ـ تَسْيِيب البهيمة : تركها وإرسالها تذهب وتجىء حيث شاءت.

قال فى اللسان (٤٧٨/١) : «سَيَّبَ الشىء : تركه، وسيب الدابة أو الناقة أو الشىء : تركه يَسِيبُ حيث شاء»

منه السائبة : البعير يدرك نِتَاجَ نتاجه، فكان يسيب فى الجاهلية ولا يركب ولا يحمل عليه.

(الصحاح ١٥٠/١، ولسان العرب ٤٧٨/١)

٢ ـ أى دون القبض

٣ ـ فى نسخة (أ) ؛ «البراء»

٤ ـ جواب عما قاله الشافعى : «إن المطالبة مما تتجدد ساعة فساعة، فلم يصح الإبراء عنها قبل وجودها قصدا كالمرأة تبرىء زوجها عن النفقة فإنه لا يصح»

٥ ـ راجع فصل النفقة (٣٠٩ ب وما بعدها) ومسألة الخلع والمباراة (٢٣٢ ب - ١٢٣ أ) من نسخة سراى أحمد الثالث.

فتلك مسألة مشكلة فى موضعها من حيث جعل الخلع سببا لنفقة العدة ولم يجعل النكاح سببا لنفقة النكاح. وليس تلك من إشكال هذه المسألة فى شىء.

فأما ههنا فملك المطالبة سببه ملك الدين حالا، وقد وجد، وإسقاطها فى معنى تمليك المنفعة، فيكون السبب القائم فى إطلاق التصرف قائما مقام حقيقة ملكها كما فى الإجارة والإعارة.

وأما إذا أجل القرض فإنما لم يصح عندنا لما قاله محمد بن الحسن : إن القرض عارية والآجال فى العوارى لا تلزم فإن من أعار داره شهرا أو إلى شهرين لم يلزم(١) ؛ لأن الإعارة هبة المنفعة، فلا يلزم قبل القبض / كهبة العين. [٣٨٥أ]

فإنما قلنا : «القرض عارية»؛ لأن من ملك التبرع ملك القرض، ومن لم يملك التبرع مطلقا لم يملك القرض. ولأنه ليس بمعارضة بالمثل الذى يجب قبضه. إذ لو كان كذلك لكان صرفا فيشترط التقابض فى المجلس ولا يشترط بالإجماع(٢) .

ولأن عين القرض لا تملك قبل القبض ولو كان معاوضة لملك ؛ لأن الدراهم تتعين بالقرض وأنها لا تتعين فى عقود المعاوضات.

ولأن القرض يصح بلفظ الإعارة ولو تبرع القرض لتمليك العين لما ملك بلفظ الإعارة المشروع لتمليك المنافع كما لا يملك ما يملك بالبيع بلفظ الإجارة، ولا ما يملك من العين بلفظ الهبة بلفظ الإعارة.

ولما ثبت أنه تبرع وليس بتمليك العين لم يبق إلا أن يكون مشروعا لتمليك المنفعة. إلا أن ما يصح اقراضه عندنا هو المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة التى هى مثليات فى الإستهلاك(٣) .

١ ـ راجع أيضا المبسوط (١٤/٣٣-٣٤) وبدائع الصنائع ٥/٢٣٤-٢٣٥

٢ ـ راجع أيضا المبسوط ١٤/٣١ وبدائع الصنائع ٥/٢٣٤

٣ ـ يرجع أيضا إلى المبسوط (١٤/٣١) والدر المختار (٥/١٦١-١٦٢)

وهذه الأعيان منافعها فى أعيانها حتى لم تصح إجارتها، وإعارتها إقراض(١)

وإذا كانت منافعها فى أعيانها وشرع القرض فيها لتمليك منافعها وهى فى أعيانها ملكت الأعيان قائمة مقام المنافع على شرط ضمان رد العين بعد الانتفاع، ولم يتصور(٢) بعين آخر تجب فى الذمة تسليمه قائما مقام العين فى باب العوارى التى تستوفى منافعها مع بقاء أعيانها، وإذا كان الواجب فى حكم ذلك العين ولا يصح إلا هكذا ؛ لأن العارية تبطل بهلاك عينها، كان بقاء الذمة بمنزلة بقاء العين القائم عنده للانتفاع به بعقد العارية وملك المنافع ساعة فساعة، وصار التأخير بمعنى توقيت مدة العارية، وذلك التوقيت فى الحقيقة ليس بإسقاط الواجب له، ولكن لتمليك المنفعة إياه فى المدة(٣)

وكذلك فى القرض لما صار بمعنى الإعارة لو كان الأجل لتأخير رد عين العارية، والعين لا تقبل التأخير، حتى روى عن أبى يوسف وهو أحد قولى الشافعى(٤) : أن المستقرض لا يملك العين إلا بعد التصرف، فإن الإنتفاع منه يتحقق بالتصرف، والإنتفاع ما يستوفى من العين كالمنفعة فى غير ذوات الأمثال،

١ ـ لأنه لاينتفع بها إلا باستهلاك العين كالأكل والشرب،

٢ ـ أى رد العين

٣ ـ أى فى مدة الإعارة،

٤ ـ راجع المبسوط ٣٤/١٤ والمهذب ٣١٠/١ قال فيه : «وفى الوقت الذى يملك فيه - أى القرض - وجهان :

أحدهما : أنه يملكه بالقبض ؛ لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك فيه على القبض»

والثانى : أنه لا يملكه إلا بالتصرف بالبيع والهبة والإتلاف ؛ لأنه لو ملك قبل التصرف لما جاز للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه»»

وقال فى روضة الطالبين (٣٥/٤) : «أظهرهما بالقبض»

إلا أنا نقول : يملك بالقبض ؛ لأن الأعيان لما خلقت ومنافعها فيها لا يمكن الإنتفاع بها إلا باستهلاك أعيانها، والعارية لتمليك المنفعة رفع الملك فى باب القرض بنفس ما دخل تحت القبض، وهو العين قائما مقام المنفعة.

فإن قيل : الكفالة بالقرض صحيحة، وعندكم لا تصح الكفالة بالعارية(١) .

قلنا : الكفالة برد العين صحيحة(٢) ؛ لأنه مضمون الرد عليه فى باب القرض، إنما يصح برد القرض المضمون أيضا.

فأما دين الاستهلاك فهو دين حقيقة ولم نضطر)(٣) إلى أن (نجعل)(٤) عينا حكما وشرعا، فإنا إنما نصير إليه بعقد شرعى لا يصح إلا بناء عليه، فعلم أن الشرع ألحقه به فيضطر لمكان التبرع إلى القول به.

فأما ههنا لم يضطر إليه فلا يجعله كذلك ولا ضرورة بنا إلى إلغاء العين حكما لإيجاب ضمان الاستهلاك ؛ لأنه ما شرع عند عدم العين خلفا عنه، والخلف فى الشرع لا يعتبر إلا بعد عدم الأصل، فيلزمنا بهذا الحكم(٥) إعدام الأصل لا إقامته، والعوارى لا يضمن ردها إلا مع قيام العين.

فلما ثبت أن القرض عارية والرد مضمون علم أن العين قائم حكما فى حق ضمان رده ضرورة وجوب ضمان الرد ؛ لأنه فى العوارى يسقط إذا فاتت العين فلا يظهر حيث يجب ضمان الرد ولا يجب إذا أبرأه عنه، وكان الحكم لما عليه الحقيقة.

١ ـ لأن عينها ليست بمضمونة لكونها أمانة فى يد المستعير (بدائع الصنائع ٧/٦)

٢ ـ راجع تحفة الفقهاء ٢٤٣/٢

٣ ـ فى نسخة (ب) : «يضطر»

٤ ـ فى نسخة (ب) : «يجعل»

٥ ـ أى الحكم بإيجاب ضمان الاستهلاك.

فكذلك دين الاستهلاك لما لم يلحق بالعين بل وجب بالتبرع إعدام العين صار التأخير إسقاطا كالإبراء فصحا جميعا.

والشافعى فى هذه الفصول كلها جعل الأجل تمليكا للمنافع وجعله بمنزلة العارية فلم تصح إلا بمضى المدة، كما فى القرض عندنا.

و (قد)(١) ضمان الاستهلاك بمنزلة القرض لقيامه مقام العين لا عن حقيقة مبادلة. ولما قام مقام القرض صار بمنزلة القرض بخلاف الثمن(٢).

ومالك أخذ بمحض القياس فإنها ديون كلها. والتأخير إسقاط للمطالبة (فيصح)(٣) إلا بدلا لا يحتمل السقوط كدين الصرف والسلم(٤).

— * —

١ ـ فى نسخة (أ) : «قد»

٢ ـ راجع مراجع الشافعية فى ص : ٢٠٤

قال فى المجموع (٣٣٩/٩) : «قال أصحابنا : إنما يجوز الأجل إذا كان العوض فى الذمة. فأما إذا أجل تسليم المبيع أو الثمن المعين بأن قال : اشتريت بهذه الدراهم على أن أسلمها فى وقت كذا فالعقد باطل.

قال أصحابنا : ولو حل الأجل وأجل المشترى البائع مدة أخرى أو زاد فى الأجل قبل حلول الأجل المضروب فهو وعد لا يلزم عندنا خلافا لأبى حنيفة ووافقنا على أن بدل الإتلاف لا يتأجل بالتأجيل"»

(راجع أيضا إلى روضة الطالبين ٣٩٩/٣-٤٠٠)

٣ ـ فى نسخة (أ) : «فصح»

٤ ـ لم يذكر المؤلف ـ رحمه الله ـ قول مالك فى بداية المسألة وذكر قول ابن أبى ليلى فى صحة الأجل فى القرض. وذهب إلى ذلك أيضا الإمام مالك والليث كما سبق ذكره فى ص : ٢٠٤

مسـألة

[الخلاف فى الأموال التى يصح القرض فيها]

قال علماؤنا : القرض لا يصح إلا فيما له مثل من جنسه بالاستهلاك.(١)

وقال الشافعى : يصح فى كل مال إلا فى الجوارى(٢) - فله فيهن قولان -؛ لأن القرض عقد مشروع لتمليك عين مال فوجب أن يملك به الحيوان قياسا على الوصية والهبة والبيع. ثم لا يجوز مفارقة الهبة بالمثل الذى يجب به ؛ لأنه مثل يجب عقدا.

١ ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ٣١/١٤ وبدائع الصنائع ٢٣٤/٥-٢٣٥ وحاشية ابن عابدين ١٦١/٥.

٢ ـ فى هذه العبارة نظر من وجهين :

الأول : فى تعميم صحة الاستقراض فى كل مال ماعدا الجوارى

والثانى : إطلاق الجوارى

وذلك ؛ لأن الشافعية يميزون بين الأموال التى تضبط بالوصف والأموال التى لا تضبط كالجواهر ونحوها فى القرض.

أو بلفظ آخر قسموا الأموال من حيث صحة القرض فيها إلى قسمين :

الأول : ما يجوز السلم فيه، فيجوزون إقراضه سواء كان حيوانا أو غيره، ولكن إن كان جارية نظر :

إن كانت محرما للمستقرض بنسب أو رضاع أو مصاهرة أو اقترضتها امرأة جوزوا إقراضها. وذكر النووى رحمه الله القطع فى جوازه (روضة الطالبين ٣٢/٤)

وإن كانت حلالا لم يجوزوا إقراضها على الأظهر، ذكر النووى رحمه الله أن هذا هو المنصوص عليه قديما وحديثا. (روضة الطالبين ٣٢/٤ راجع أيضا المهذب ٣١٠/١)

والثانى ما لايجوز السلم فيه. قال فى روضة الطالبين (٣٣/٤) فيه : «فجواز اقراضه يبنى على أن الواجب فى المقومات رد المثل أو القيمة.

إن قلنا بالأول لم يجز، وبالثانى جاز...»

راجع للمزيد من المعرفة المهذب ٣١٠/١ وروضة الطالبين ٣٢/٤-٣٣

والثياب من ذوات الأمثال إذا ثبت بالعقد، حتى جاز السلم فيها، ولا يجوز إلا فى ذوات الأمثال.

وكذلك عندى السلم جائز فى الأموال كلها إلا فى الجوارى.

فللشافعى فيهن قولان(١)

فكذلك القرض.

ولايصح السلم فى الجواهر، فكذلك القرض.

أو نقول كل مال صح السلم فيه صح إقراضه كالمكيل. وتحقيقه ما ذكرنا : أن كل واحد منهما، إنما يصح فى ذوات الأمثال من أعيان الأموال.

أو نقول :(إنه)(٢) لما كان لتمليك العين أشبه الهبة، والمثل الذى يجب به حكما لا شرطا فجهالته فى نفسه لا تمنع ثبوته / كمهر المثل فى باب النكاح. [٣٨٥ب]

والمثل الذى يجب بالاستهلاك فيستقيم على هذا القول أن يملك بمثل من جنسه، وخلاف جنسه قيمة.

وأما الجوارى فعلى هذا الطريق يصح إقراضهن، ولئن قلنا لا يصح، فلأن القرض يوجب الملك على الانتفاع بالعين، والعين ملك تبعا له لا على العين. والمنفعة تبع له. وبهذا الوجه من الملك لا يستباح الأبضاع.(٣)

١ ـ راجع التعليق السابق ، ومسألة السلم فى الحيوان والخلاف فى ذلك (ص : ١٩)

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٣ ـ الأبضاع : جمع البضع،يطلق على الفرج والجماع، ويطلق على التزويج أيضا. (المصباح المنير ٥١/١)

حتى قال الشافعى فى قول : لا يملك المستقرض إلا بعد الانتفاع كما روى عن أبى يوسف.(١)

ولكن مع هذا هو(٢) فوق العارية ؛ لأنها لملك المنفعة التى تزايل العين بحيث لا تملك بها العين، وبالقرض تملك العين.

ولهذا عند الشافعى لا يثبت القرض بلفظ العارية(٣)

ولعلمائنا : ما قلنا : إن الإقراض إعارة ويملك بلفظ الإعارة عندنا، وبلفظ الإعارة لا تملك هذه الأعيان. فكذلك بلفظ القرض.

إلا أن ما يصح إقراضها منافعها فى أعيانها حتى إذا استوفيت منها المنافع التى خلقت فيها فاتت أعيانها ولم تبق، ولهذا لا تصح إجارتها.

ولما كان كذلك قامت أعيانها مقام منافع سائر الأعيان حكما. فملك بلفظ العارية مقام المنفعة بشرط ضمان رد العين ثانيا، فوجب رد عين آخر قائما مقام الأول ضرورة(٤) على ما بينا.

وإذا كان كذلك لم يكن محل عين لا يمكن يملك بالإجارة مع بقاء عينه ؛ لأن عمل العقد فى الأصل فى المنفعة.

وإذا إمتازت عن الأصل تملكا لم يسر الى العين ضرورة.

١ ـ سبق قولهما هذا فى مسألة الأجل فى القرض"، راجع ٢١٥/١

٢ ـ أى القرض

٣ ـ راجع المهذب ٣٠٩/١ أشار فيه أنه يصح بلفظ القرض والسلم وبما يؤدى معناه مثل أن يقول : «ملكتك هذا على أن ترد على بدله»

٤ ـ أى لفوت العين.

ألا ترى أنه بالإجماع عقد تبرع، ومتى جعل لتمليك العين بمثل لم يكن تبرعا على ما مر، على أنا سلمنا أنه لتمليك العين بمثل فهو مثل المقبوض، إذ ليس ههنا مثل مشروط علم بوصفه، فعلم أنه مثل معلوم بالمقبوض، فكان كمثل الاستهلاك، فلا يكون محلا (إلا)(١) ما له مثل فى الاستهلاك دون ملك السلم ؛ لأنه ثابت وصفا، وبينهما(٢) فرق،

ألا ترى أن فى باب السلم إذا جاءه(٣) بالعين على أدنى ما ينطلق (عليه)(٤) الوصف أجبر رب السلم على القبول،

وفيما نحن فيه إذا استقرض حنطة جيدة وجاءه بما ينطلق عليه اسم الجيد ثم يجبر(٥) على القبول حتى يأتى به على مثال ما قبض، كما فى الاستهلاك، فثبت أن هذا المثل معتبر فى المساواة بمثل الاستهلاك لا بمثل السلم، فكل مال لا يضمن بالاستهلاك مثل من جنسه لم يصح إقراضه قياسا على اللآلىء ولما ذكرنا أنه بمنزلته فلا يثبت إلا مع ثبوته،

فإن قيل : عارية الثياب لا تثبت بلفظ القرض، فعلم أن فى القرض زيادة إيجاب يتناول العين،

قلنا : هذا فصل لا رواية فيه، ولئن سلمنا فإن العارية لتمليك المنفعة التى تمتاز عن الأعيان فيصح (تملك)(٦) المنافع التى هى فى الأعيان لا تمتاز عنها،

١ ـ فى نسخة (أ) : «لا»

٢ ـ أى بين القرض والسلم،

٣ ـ أى إذا جاء المسلم إليه رب السلم،

٤ ـ فى نسخة (ب) : «له عليه»

٥ ـ أى لم يجبر المقرض،

٦ ـ فى نسخة (أ) : «لملك»

والقرض لفظ خاص لتمليك مالا يمتاز عن الأعيان، وهذه المنافع فى ذواتها منافع دون التى تمتاز وتملك بنفسها، وإذا كانت دونها لم يملك الفوق باللفظ الموضوع للدون، وملك الدون باللفظ الموضوع للفوق.

فالخصم نظر إلى الظاهر، فإن القرض يتعدى فى الظاهر إلى العين فأقامه مقام الهبة فى تمليك ما يملك بالهبة، ولم يقم به العارية التى لا تتعدى إلى العين فى محلها مقام القرض فى إفادة ما يملك بالقرض من العين.

ونحن نظرنا إلى المعنى، فالعقدان(١) لتمليك المنفعة دون العين على ما قررنا، والعين فى القرض ملك ضرورة ملك المنفعة.

فمن هذا الوجه صارت العارية فوق القرض فى ملك المنفعة ؛ لأن المنفعة التى تمتاز عن العين فوق التى لا تمتاز، وصار القرض دون العارية، ثم ملك سائر الأعيان لا يثبت بالإعارة، فبالقرض أولى، وهذه العين تملك بالقرض تبعا للمنفعة فبالعارية أولى.

وكذلك المنافع التى تمتاز عن الأعيان لا تملك بالقرض ؛ لأنها فوق مالا تمتاز، فعمله فى الأدنى لا يدل على عمله فى الأعلى.

— * —

١ ـ أى عقد القرض وعقد العارية.

مسـألة

[الخلاف فى حكم القضاء بالقيمة على من كسر قلب فضة أو أستهلكه]

قال علماؤنا : من كسر على آخر قلب فضة أو استهلكه وقضى عليه قيمته من الذهب فلم يقبض حتى فارقه لم يبطل القضاء.

وكذلك لو اصطلحا عليه(١) .

وقال زفر : يبطل(٢) ؛ لأنه صرف لا يملك الذهب بإزاء الفضة ولهذا تصير الفضة ملكا للآخر إذا كان قائما. وأن يكون مستحقا له بالقضاء لا يخرج من أن يكون صرفا كالشفيع يأخذ الدار بالشفعة بالقضاء بالدراهم وفى الدار سلاسل فضة. فإن قبض حصة السلاسل تجب فى المجلس ويبطل متى لم يقبض ؛ لأنه (صرف)(٣) وإن استحقه بقضاء.

إلا أنا نقول : إنه استيفاء للواجب بالغصب عند العجز عن رد عينه(٤) حتى يصير الأصل ملكا للغاصب من حين الغصب، فيكون (الإكساب)(٥) له، ولا قبض يجب.

وكذلك بعد القضاء ؛ لأن القاضى بقضائه أظهر قدر القيمة وقدر حقه فيه.

وكذلك إذا اصطلحا، إلا أن يجب المثل بعقد صرف عند القضاء أو بالصلح.

١ ـ أى يجوز أيضا لو اتفق مع صاحب قلب الفضة على قدر من الذهب صلحا ثم تفرقا قبل قبض ما اتفاقا عليه.

وليس هناك فرق بين وجوب القيمة بقضاء القاضى أو بالصلح.

٢ ـ يرجع للمسألة إلى البحر الرائق ١٩٤/٦

٣ ـ فى نسخة (ب) : «صرفه»

٤ ـ أى عين المغصوب

٥ ـ فى نسخة (ب) : «لاكساب»

فإن قيل : إن الغصب سبب ملك فى الأصل بالبدل عندنا(١) ، إلا أنه يتقرر حكمه حال القضاء بالبدل أو الصلح عليه، فمتى تقرر كان القبض شرطا لبقائه كالصرف، فإن الحكم يتعلق بالمعانى لا بالأسامى(٢) .

قلنا : هذا يبطل بالصرف ببدلين مستحقين، فإن التقرر إنما يكون عند الإجارة، ومع ذلك يشترط بالقبض فى مجلس العقد، فلو / كان الغصب بمنزلة [٣٨٦أ] الصرف حكما لاشترط قبض البدل فيما نحن فى مجلس الغصب لا فى مجلس التقرر.

وهذا ؛ لأن الصرف شرط قبض بدلية فى المجلس لما ذكرنا أن أصله فى الدراهم (و)(٣) الدنانير وهى تقبل التعيين فيكون دينا بدين، والإفتراق عن دين بدين مبطل للعقد، واشترط قبض أحدهما ليصير عينا بدين ثم قبض الآخر لتساويه ثم شرط فيما يتعين إلحاقا للفرد بالجملة على ما مر(٤) .

وكذلك شرط فى السلم قبض رأس المال على ما مر ذكره(٥) .

١ ـ راجع الهداية ٢٥٩/٨ وتحفة الفقهاء ٩٣/٣ واللباب فى شرح الكتاب ١٩١/٢

٢ ـ لذا نصت مجلة الأحكام العدلية (فى المادة -٣) على أن «العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى»

٣ ـ فى نسخة (ب) : «أو»

٤ ـ راجع ص : ٢٠٤ وما بعدها .

٥ ـ راجع ص : ٢٠٧

والغصب وإن كان سبب ملك(١) عندى فما يوجد إلا فى عين ؛ لأن الدراهم تتعين بالغصب، فكان أصله فى عين بدين، فأشبه بيع الثوب بدراهم، فلا يجب القبض موجبا بالغصب، وإن كان تحته مبادلة حكيمة، وبالصلح أو بالقضاء يتقرر دين وجب بدلا عن عين بسبب وروده فى اصله على عين، فصلح البقاء بغير قبض كما فى ثمن المبيع فالدراهم فى الغصب متعينة كالمثمنات فى البيوع كلها، فلذلك لم يفترق الحال فى ضمانه بين ثمن ومثمن، فصح فى الحالين إثبات بدلهما، وبقاؤه دينا بلا قبض كالدراهم عن المثمنات بيعا،

فأما فى عقد معاوضة فالأثمان تفارق المثمنات فى حكم التعيين، فلذلك شرط(٢) فيما هو (ثمن بثمن)(٣) ،

— * —

١ ـ راجع أيضا تحفة الفقهاء ٩٣/٣ واللباب فى شرح الكتاب ١٩١/٢ والهداية ٢٥٩/٨) فى كون الغصب سببا للملك،

٢ ـ أى شرط القبض

٣ ـ فى نسخة (أ) : ثمن بثمن عين»

مسـألة

[الخلاف فى ملك مال الحربى فى دار الحرب بعقود فاسدة]

قال أبو حنيفة فى مسلم دخل دار الحرب بأمان ويملك أموالهم بعقود فاسدة : إنه صحيح حلال، كأنها وهبت له.(١)

وقال أبو يوسف والشافعى(٢) : إنه حرام لقول الله تعالى : ﴿وحرم الربوا﴾(٣) من غير تقييد بمكان.

وقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة﴾(٤)

وقال عليه السلام فى الخمر : «إن الذى (حرم شربها)(٥) حرم بيعها وأكل (ثمنها)(٦) .»(٧) من غير تقييد فى هذه الحرمات.

١ ـ قال بهذا القول أيضا النخعى والثورى ومحمد بن الحسن. وكذلك أحمد بن حنبل فى رواية. (المبسوط ٥٦/١٤ وبدائع الصنائع ١٩٢/٥ وفتح القدير لابن الهمام ١٧٧/٦-١٧٨ والدر المختار ١٨٦/٥ والبحر الرائق ١٣٥/٦-١٣٦ والمبدع ١٥٧/٤ والإنصاف ٥٢/٥-٥٣)

٢ ـ وهو أيضا قول الإمام مالك والأوزاعى، وأحمد بن حنبل فى الأظهر.
(الرد على سير الأوزاعى ص ٩٦، والمبسوط ٥٦/١٤ وبدائع الصنائع ١٩٢/٥ وأحكام القرآن لابن العربى ٥١٦/١ والمجموع ٣٩١/٩-٣٩٢ وروضة الطالبين ٣٩٥/٣ وفتح العزيز ١٨٩/٨ والمغنى لابن قدامة ٤٥/٤ وكشاف القناع ٢٧١/٣ والمبدع ١٥٧/٤)

٣ ـ سورة البقرة - ٢٧٥

٤ ـ سورة المائدة - ٣ والآية بكاملها : ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع إلا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالأزلام. ذلكم فسق .اليوم يئس الذين كفروا من دينكم فلا تخشوهم واخشون. اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام دينا. فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم. فإن الله غفور رحيم.﴾

٥ ـ ساقط فى نسخة (أ)

٦ ـ ساقط فى نسخة (ب)

٧ ـ الحديث :
أخرجه مسلم - فى المساقاة / باب تحريم بيع الخمر (١٢٠٦/٣) عن ابن عباس فإنه قال : «إن رجلا أهدى لرسول الله ﷺ راوية خمر، فقال له رسول الله ﷺ: «هل علمت أن الله قد حرمها؟» =

وروى أن كافرا(١) وقع فى الخندق عام الخندق(٢) فأعطى المسلمون بجيفته مالا(٣) فسئل رسول الله ﷺ عن ذلك فنهاهم عنها(٤)،

= قال : لا» فسار إنسانا.

فقال له رسول الله ﷺ : «بم ساررته ؟»

فقال : «أمرته ببيعها.»

فقال : «إن الذى حرم شربها حرم بيعها.»

ففتح المزاد حتى ذهب ما فيها.

* راوية خمر : هى قربة خمر كبيرة. هى والمزادة بمعنى واحد.

قال فى اللسان (١٩٩/٣) : «المزادة : الراوية. قال أبو عبيد : لا تكون إلا من جلدين تفأم بجلد ثالث بينهما لتتسع.» (راجع أيضا الصحاح ٤٨٢/٢)

١ ـ ذكر اسمه ابن هشام فى سيرته (٢٥٣/٢) والبيهقى فى دلائل النبوة (٤٣٧/٣) بأنه نوفل بن عبدالله بن المغيرة المخزومى.

٢ ـ فى السنة الخامسة من الهجرة، وكان فى شهر شوال

(سيرة ابن هشام ١١٤/٢ ودلائل النبوة ٣٩٥/٣ والسيرة النبوية للندوى ص ٢٠٦)

وقيل : فى شهر شوال سنة أربع دلائل النبوة ٣٩٣/٣)

قال البيهقى فى شأن هذه الخلاف : «لا خلاف بينهم فى الحقيقة، وذلك لأن رسول الله ﷺ قاتل يوم بدر لسنة ونصف من مقدمه المدينة فى شهر رمضان، ثم قاتل يوم أحد من السنة القابلة لسنتين ونصف من مقدمه المدينة فى شوال. ثم قاتل يوم الخندق بعد أحد بسنتين على رأس أربع سنين ونصف من مقدمه المدينة.

فمن قال : «سنة أربع» أراد بعد أربع سنين وقبل بلوغ الخمس.

ومن قال :«سنة خمس» ، أراد بعد الدخول فى السنة الخامسة وقبل انقضائها، والله أعلم» (دلائل النبوة ٣٥٩/٣)

٣ ـ وكان قدره عشرة آلاف درهم (سيرة ابن هشام ٢٥٣/٢ ودلائل النبوة ٤٣٨/٣، قال فيه : «وبعث المشركون إلى رسول الله ﷺ يشترون جيفته بعشرة آلاف.

فقال ﷺ : «هو لكم، لا نأكل ثمن الموتى.»

٤ ـ الحديث :

أخرجه الترمذى - فى الجهاد / باب ما جاء لا تفادى جيفة الأسير (٢١٤/٤).

عن ابن عباس رضى الله عنه : أن المشركين أرادوا أن يشتروا جسد رجل من المشركين، فأبى النبى ﷺ أن يبيعهم إياه.

وأحمد بن حنبل فى مسنده (٢٥٦/١) عنه أيضا بلفظ « قال : أصيب يوم الخندق رجل من المشركين وطلبوا إلى النبى ﷺ أن يجنوه. =

وهذا عندكم حلال.(١)

ولأن التملك بهذه الأسباب حرام فى دار الإسلام، فكذلك فى دار الحرب بعد الأمان، قياسا على الغصب والاستيلاء، فإنه لو غصب لم يملك وكذلك لو سرق.

ولو وجد كنزا فى دار بعضهم دره على صاحب الدار(٢) .

وهذا ؛ لأنهم بالأمان صاروا فى حقه بمنزلة أهل الذمة

= فقال : «لا ولا كرامة لكم»

قالوا : فإنا نجعل لك على ذلك جعلا

قال : «وذلك أخبث وأخبث»

إن كلا الروايتين بطريق ابن أبى ليلى عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس رضى الله عنه. قال الترمذى فى الحديث : «هذا حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث الحكم، ورواه الحجاج بن أرطأة أيضا عن الحكم.

وقال أحمد بن حنبل : ابن أبى ليلى لا يحتج بحديثه. وقال محمد بن إسماعيل : ابن أبى ليلى صدوق، ولكن لا نعرف صحيح حديثه من سقيمه، ولا أروى عنه شيئا. وابن أبى ليلى صدوق فقيه. وإنما يهم فى الإسناد.

حدثنا نصر بن على قال : حدثنا عبدالله بن داود عن سفيان الثورى : فقهاؤنا ابن أبى ليلى، عبدالله بن شبرمة.»

(سبقت ترجمة ابن ابى ليلى فى ٢٩٧/١راجع إليها)

والقصة مذكورة فى كتب السيرة كما سبقت الإشارة إلى بعضها آنفا.

١ ـ أى أن ما ذهبتم إليه يقتضى جواز أخذ المال الذى أعطى مقابل الجيفة.

٢ ـ راجع أيضا المبسوط ٢١٥/٢ وبدائع الصنائع ٦٦/٢ والرتاج ١٨٣/١-١٨٤ هذا إذا وجد الكنز دار بعضهم ـ أو بلفظ عام : فى أرض مملوكة لأحد من أهل دار الحرب. وأما إذا وجد فى أرض غير مملوكة فى دارهم فللمسلم أخذه وإن كان دخوله دار الحرب بأمان.

(المبسوط ٢١٥/٢ وبدائع الصنائع ٦٦/٢ والمدونة الكبرى ٢٩١/١ والكافى لابن عبدالبر ٢٩٧/١ والأم ٤٥/٢ وكشاف القناع ٢٢٦/٢ والإنصاف ١٢٦/٣

واحتج محمد (بمخاطرة)(١) أبى بكر مع الكفار فى تغليب الروم على فارس(٢) وتجويز رسول الله ذلك له حيث قال له : «(زد فى الخطر)(٣) وابعد فى الأجل»(٤)

والخلاف ثابت فى المخاطرة والقمار كما فى عقد الربا إلا الاحتجاج به لايصح إلا بعد أن ثبت أنه كان بعد ما فسخ القمار أو نزلت آية الربا إلا أن الظاهر أنه كان ثابتا عندهم ثم التاريخ حيث احتج به.

١ ـ فى نسخة (ب) : «بمحاظرة»

٢ ـ وذلك حينما نزل قوله تعالى : ﴿الم.غلبت الروم.فى أدنى الأرض وهم من بعد غلبهم سيغلبون. فى بضع سنين. لله الأمر من قبل ومن بعد، ويومئذ يفرح المؤمنون. بنصر الله ينصر من يشاء. وهو العزيز الرّحيم.﴾ سورة الروم : ١ـ٥

فكانت فارس يومئذ قاهرين للروم وكان المسلمون يحبون ظهور الروم عليهم ؛ لأنهم كانوا أهل كتاب، فكانت قريش تحب ظهور فارس ؛ لأنهم وإياهم ليسوا بأهل كتاب ولا إيمان ببعث، فلما أنزل الله تعالى ﴿الم. غلبت الروم .فى أدنى الأرض وهم من بعد غلبهم سيغلبون. فى بضع سنين...الآية﴾ خرج أبوبكر رضى الله عنه يصيح فى نواحى مكة مترتلا بهذه الآيات...

(سنن الترمذى ـ كتاب تفسير القرآن / باب، ومن سورة الروم ٣٤٣/٥ـ٣٤٥

وتفسير القرآن العظيم لابن كثير ٤٢٢/٣ـ٤٢٤

ولباب التأويل فى معانى التنزيل الشهير بتفسير الخازن ٤٢٧/٣

ومدارك التنزيل وحقائق التأويل الشهير بتفسير النسفى ٤٢٨/٣ والمبسوط ٥٧/١٤

ويأتى أيضا تخريج الحديث.

٣ ـ فى نسخة (ب) : «رد فى الخطر»

٤ ـ الحديث :

أخرجه الترمذى ـ فى تفسير القرآن / باب «ومن سورة الروم (٣٤٣/٥)

عن ابن عباس رضى الله عنه ثم قال : «هذا حديث حسن صحيح غريب إنما نعرفه من حديث سفيان الثورى عن حبيب بن أبى عمرة» =

= وهو عن سعيد بن جبير عن ابن عباس

وأخرج أيضا عن نيار بن مكرم الأسلمى رضى الله عنه (٣٤٤/٥)

فقال : «هذا حديث صحيح حسن غريب من حديث نيار بن مكرم، لا نعرفه إلا من حديث عبدالرحمن بن أبى الزناد»

نيار بن مكرم الأسلمى صحابى، وهو أحد الذين دفنوا عثمان بن عفان رضى الله عنه، وهم : حكيم بن حزام وجبير بن مطعم وأبو جهم بن حذيفة ونيار بن مكرم الأسلمى، وعاش رضى الله عنه الى أول خلافة معاوية،

(الاستيعاب ٥٦٣/٣ وتقريب التهذيب ص ٥٦٧)

وعبدالرحمن بن ابى الزناد قال فيه الحافظ ابن حجر : «صدوق، تغير حفظه لما قدم ببغداد، وكان فقيها من السابعة ولى خراج المدينة فحمد، مات أربع وسبعين وله أربع وسبعون سنة»

(تقريب التهذيب ص ٣٤٠)

وليس فى كلا الطريقين قوله : «زد فى الخطر وابعد فى الأجل»

وما معناه عند ابن جرير عن عكرمة رضى الله عنه «أن الروم وفارس اقتتلوا فى أدنى الأرض قالوا : وأدنى الأرض يومئذ أذرعات، بها التقوا، فهزمت الروم، فبلغ ذلك النبى ﷺ وأصحابه بمكة، فشق ذلك عليهم، وكان النبى ﷺ يكره أن يظهر الأميون من المجوس على أهل كتاب من الروم، ففرح الكفار بمكة وشتموا، فلقوا أصحاب النبى ﷺ فقالوا : إنكم أهل كتاب والنصارى أهل كتاب ونحن أميون، وقد ظهر إخواننا من أهل فارس على أخوانكم من أهل الكتاب، وإنكم إن قاتلتمونا لنظهرن عليكم، فأنزل الله ﴿الم غلبت الروم فى أدنى الأرض، وهم من بعد غلبهم سيغلبون، فى بضع سنين، لله الأمر من قبل ومن بعد، ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله...﴾ الآيات، فخرج أبوبكر الصديق إلى الكفار فقال : أفرحتم بظهور إخوانكم على إخواننا ؟ فلا تفرحوا ولايقرن الله أعينكم، فوالله ليظهرن الروم على فارس، أخبرنا بذلك نبينا ﷺ،

فقام إليه أبى بن خلف فقال : كذبت يا أبافضيل، فقال له أبوبكر رضى الله عنه : أنت أكذب يا عدو الله! فقال : أناحبك عشر قلائص منى وعشر قلائص منك، فإن ظهرت الروم على فارس غرمت، و إن ظهرت فارس على الروم غرمتَ إلى ثلاث سنين، ثم جاء أبوبكر إلى النبى ﷺ فأخبره،

فقال : «ما هكذا ذكرت، إنما البضع ما بين الثلاث إلى التسع، فزايده فى الخطر وماده فى الأجل،»

فخرج أبوبكر فلقى أبيا فقال : لعلك ندمت، فقال : لا فقال : أزيدك فى الخطر وأمادك فى الأجل، فأجعلها مائة قلوص لمائة قلوص إلى تسع سنين، قال : قد فعلت،» (جامع البيان عن تأويل آى القرآن ١٧/٢١-١٨)

وروى محمد أيضا باسناد عن مكحول عن النبى عليه السلام أنه قال : «لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب»(١) وحقيقته للتحريم فدل أنه غير مشروع اصلا فيما بينهم،

وعنه عليه السلام : أنه خطب عام حجة الوداع(٢) وقال : «ألآ إن كل ربا كان فى الجاهلية فهو موضوع تحت قدمى هاتين، وأول ربا أضعه ربا عباس بن عبدالمطلب،»(٣)

والوضع : أن لا تبقى بسبب الربا خصومة، ولا يطالب المرء بتسليم مالم يقبض، ولم يسترد منه ما قبض بناء على أن الإسلام يجب ما قبله، وكان العباس رضى

١ ـ رواه أبويوسف فى كتابه الرد على سير الأوزاعى (ص :٩٧) فقال : «وإنما أحل أبو حنيفة هذا ؛ لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال : «لا ربا بين أهل الحرب» وقال أبو يوسف : «وأهل الإسلام»

وقال ابن حجر فى الدراية فى تخريج أحاديث الهداية (١٥٨/٢) : (حديث : «لاربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب» لم أجده، لكن ذكره الشافعى ومن طريقه البيهقى قال : قال أبو يوسف : وإنما قال أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ قال : « لا ربا بين أهل الحرب» أظنه قال : «وأهل الإسلام»

٢ ـ أى السنة التاسعة

٣ ـ الحديث :

أخرجه مسلم - فى كتاب الحج / باب حجة النبى ﷺ (٨٨٦/٢-٨٩٢)

وأبو داود - فى المناسك / باب صفة حجة النبى ﷺ (٣٨٨/٢-٣٩٤)

وابن ماجة - فى المناسك / باب حجة رسول الله ﷺ (١٠٢٢/٢-١٠٢٧)

كلهم عن جابر بن عبدالله رضى الله عنه مطولا،

والبيهقى - فى السير / باب بيع الدرهمين فى أرض الحرب (١٠٦/٩) مختصرا،

الله عنه أسلم ببدر أو قبله(١) ، وكان له عبيد يتجرون بمكة ويربون أمتين(٢) بها، ولو كان الأصل يقع لها فاسدا لاسترد منهم، وهو مذهب أبى يوسف.

١ - إن العباس بن عبدالمطلب عم رسول الله ﷺ حضر بيعة العقبة مع الأنصار، وكان ذلك قبل إسلامه، وشهد بدرا مع المشركين مكرها، فأسر ممن أسر منهم فافتدى نفسه وافتدى ابنى أخويه عقيل بن أبى طالب ونوفل بن الحرث.

وذكر البيهقى فى دلائل النبوة (١٤٢/٣-١٤٣) أن قريشا بعثت إلى رسول الله ﷺ فى فداء أسراهم، ففدى كل قوم أسيرهم بما رضوا، وقال العباس بن عبدالمطلب يا رسول الله ! إنى قد كنت مسلما.

فقال رسول الله ﷺ : «أعلم بإسلامك، فإن يكن كما تقول فالله يجزيك بذلك، فأما ظاهرا منك، فكان علينا، فافد نفسك وابنى أخيك نوفل بن الحرث بن عبدالمطلب وعقيل بن ابى طالب بن عبدالمطلب، وحليفك عتبة بن عمرو أخى بنى الحارث بن فهر»

قال : «ماذا لى عندى يارسول الله !

قال : «فأين المال الذى دفنته أنت وأم الفضل فقلت لها : إن أصبت فى سفرى هذا فهذا المال لبنى : الفضل بن العباس، وعبدالله بن العباس، وقثم بن العباس !»

فقال لرسول الله ﷺ : «والله يا رسول الله إنى لأعلم أنك رسول الله. إن هذا شىء ما علمه أحد غيرى وغير أم الفضل، فاحسب لى يا رسول الله ما أصبتم منى عشرين أوقية من مال كان معى.»

فقال رسول الله ﷺ : «لا ، ذاك شىء أعطاناه الله تعالى منك.»

ففدى نفسه وابنى أخويه وحليفه وأنزل الله عز وجل فيه : ﴿ ياأيها النبى قل لمن فى أيديكم من الأسرى إن يعلم الله فى قلوبكم خيرا يؤتكم خيرا مما أخذ منكم ويغفر لكم، والله غفور رحيم﴾ سورة الأنفال - ٧٠

قال : «فأعطانى الله مكان العشرين الأوقية فى الإسلام عشرين عبدا كلهم فى يده مال يضرب به مع ما أرجو من مغفرة الله عز وجل.»

(راجع أيضا تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٣٢٧/٢ تفسير آية ٧٠ من سورة الأنفال.)

رجع العباس - رضى الله عنه - بعد افتداءه إلى مكة وكتم قومه إسلامه وصار يكتب إلى رسول الله ﷺ بالأخبار حتى هاجر قبيل فتح مكة، وشهد الفتح وثبت يوم حنين.

(راجع للمزيد من معرفة ترجمة العباس رضى الله عنه الاستيعاب ٩٤/٣-٩٩ والإصابة ٢٧١/٢)

٢ - يعنى المشركين والمسلمين.

ولاشك بأن آية الربا كانت نازلة قبل فتح مكة، فإن الربا كان ثابتا يوم خيبر(١) على ما روى عنه عليه السلام لسعد بن وكانا باعا أربعة مثاقيل تبر بثلاثة مثاقيل فى قسمة خيبر، فقال عليه السلام : «أربيتما فردا»(٢)

وبين خيبر وفتح مكة أربع سنين،(٣)

فإن قيل : يحتمل أن ربا العباس كان قبل إسلامه

قلنا : هذا بعيد، فإنه كان بين إسلامه وبين فتح مكة مدة بعيدة وكان له عبيد يتجرون بمكة، فلا يتوهم بقاء ذلك غير مستوفى إلى يوم الفتح، وكان ذلك مما أمحى أثره، وإنما الوضع يحتاج إليه لأمر ظاهر قائم،

١ - كان الخروج إلى خيبر فى شهر المحرم سنة ست، (السيرة النبوية لابن هشام ٣٢٨/٢ ودلائل النبوة للبيهقى ١٩٥/٤)

وقيل : فى أول سنة سبع (دلائل النبوة ١٩٧/٤)

٢ - لم أجد هذه الرواية، ولكن هناك روايات تؤكد ثبوت الربا يوم خيبر منها :

* حديث فضالة بن عبيد رضى الله عنه عند مسلم، أخرجه فى المساقاة / باب بيع القلادة فيها حرز وذهب (١٢١٤/٣) قال : «كنا مع رسول الله ﷺ يوم خيبر نبايع اليهود الوقية الذهب بالدينارين والثلاثة، فقال رسول الله ﷺ : «لاتبيعوا الذهب بالذهب إلا وزنا بوزن»

وحديث أبى سعيد الخدرى وأبى هريرة رضى الله عنهما : أنهما حدثا : أن رسول الله ﷺ بعث أخا بنى عدى الأنصارى فاستعمله على خيبر، فقدم بتمر جنيب، فقال له رسول الله ﷺ : «أكل تمر خيبر هكذا ؟»

قال : «لا، والله يا رسول الله ! إنا لنشترى الصاع بالصاعين من الجمع»

فقال رسول الله ﷺ : «لاتفعلوا، ولكن مثلا بمثل أو بيعوا هذا واشتروا بثمنه من هذا، وكذلك الميزان»

والحديث عند البخارى - فى البيوع / باب إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه (٤١٢/٩)

وعند مسلم - فى المساقاة / باب بيع الطعام مثلا بمثل (١٢١٥/٣)

واللفظ لمسلم

وللحديث ألفاظ وطرق،

٣ - بل أقل من سنتين، لأن فتح خيبر كان فى شهر محرم سنة ٧ هـ وفتح مكة كان فى شهر رمضان المبارك سنة ٨ من الهجرة. والله أعلم. (سيرة ابن هشام ٣٢٨/٢ ودلائل النبوة ١٩٤/٤)

ألا ترى أن النبى عليه السلام خصه بالذكر، فثبت أن تجارته كانت ظاهرة.

ولكن يقال : على هذا أن الوضع إنما يستقيم فيما لم يقبض. فأما ما قبض فالخصوصية بالرد لا بالوضع.

(لأن)(١) النبى عليه السلام إنما خص (بالذكر)(٢) العباس لتكون بداية الأمر بالمعروف بنفسه وبعمه فلا يشق على غيره، وهذا إنما يستقيم فى وضع ماله لا ما عليه.

وأما الكلام من طريق المعنى(٣) : فإن أموال أهل الحرب بأمانة لم تصر معصومة عن التملك بالتناول بدلالة أن المسلمين لو فتحوا تلك البلاد ملكوها كما قبل أمانه.

وهذا ؛ لأنه مستأمن منهم لا مؤمن إياهم، إلا أنه ضمن لهم أن لا يغدر بهم ولا يخونهم.

وكذلك حرم عليهم السرقة والغصب وأخذ أموالهم لا برضاءهم لضمانه على نفسه أن لا يغدر بهم لا بحرمة أموالهم.

فالحجر عن الفعل قد يكون لمعنى فى الفاعل ولمعنى فى المحل فهذا حجر لمعنى فيه بأن ضمن لهم ذلك.

١ ـ فى نسخة (ب) : «ولأن»

٢ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

٣ ـ أى الاستدلال بالمعنى الفقهى.

فأما المحل فعلى الإباحة كما كان قبل الأمان، وإذا كان كذلك صح التملك بالأخذ كما قبل الأمان إلا أنه يجب أن يكون على وجه / لا يكون غادرا ولا خائنا، [٣٨٦ب] وبهذه المعاقدات يزول معنى الغدر والخيانة ويصير أخذا برضاهم على الوجه الذى أظهر لهم، ويقع الملك له بأخذ المباح كما لغيره من الغانمين، لا بهذه الأسباب(١)

وكانت الأسباب (الحيلة)(٢) إسقاط العذر عن فعله، ألا ترى أنه ذكر فى الزيادات : لو أن الكافرين دخلوا دارنا وأخذوا مال المسلم يملكون، والله أعلم

— * —

تم الكتاب بحمد الله وحسن توفيقه

— * * * —

١ ـ يعنى العقود الفاسدة

٢ ـ فى نسخة (أ) : «بحيلة»

كتاب الإجـــارات

كتـــاب الإجـــــارات

بسم الله الرحمن الرحيم

الإجارة (١) اسم لنوع بيع وهي : بيع المنفعة في الأصل على ما بينا في البيوع كالسلم اسم لبيع خاص(٢)

ثم الإجارة نوعان :

* بيع المنفعة محضا

* وبيع العمل المسمى المعلوم (بالتسمية)(٣)

فأما بيع المنفعة محضا فنوع، وهو إجارة الدار شهرا أو استئجار رجل شهرا أو يوما لعمل مما لايصح العقد إلا بذكر المدة،

فأما بيع العمل المعلوم بالتسمية من غير ذكر الوقت فأنواع ثلاث :

- بيع عمل محض : كمن دفع إلى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم بخيط الآمر (ويصبغه(٤) بصبغ)(٥) الآمر ونحوه

- وبيع عمل مع عين مال كالصباغة يصبغ الصباغ والوراق بحبر (الكاتب)(٦)

١ ـ **الإجارة** : في اللغة : هي الكراء وما أعطيت من أجر في عمل، يقال : اسْتَأْجَرْت الرجل، فهو يأجرني ثماني حجج: أي يصير أجيري، وآجرني داره فاستأجرتها، وهو مؤجر، وآجرت الرجل مؤاجرة: إذا جعلت له على فعله أجرة.
والأجرة : هي الجزاء على العمل (الصحاح ٥٧٦/٢ ولسان العرب ١٠/٤ والمغرب ٢٨/١
وفي الشرع : هي عقد على المنافع بعوض،وبلفظ آخر: هي بيع منفعة معلومة بأجر معلوم، (الكتاب للقدوري ٨٨/٢ والهداية ٣/٨ وكنز الدقائق ٢٩٧/٧)

٢ ـ راجع ص : ٣

٣ ـ في نسخة (أ) و (ب): «بنفسه»

٤ ـ أي يصبغ الصباغ الثوب

٥ ـ في نسخة (ب) : «ونحوه أو يصبغ» مكان مابين القوسين،

٦ ـ في نسخة (ب) : «الكتابة»

* وبيع صناعة العين على أن تكون العين هى المقصودة للآمر دون العمل(١) ٠

فأما مسائل الإستصناع فمرت في البيوع(٢) ، لأن الصناعة فيه تبع للعين

ولجملة الإجارة أصل تدور عليه المسائل بيننا وبين الشافعي٠

فنذكر ذلك الأصل ونتكلم عليه ثم (نبني)(٣) عليه المسائل٠

قال علماؤنا : الإجارة في حق المعقود عليه يتجدد انعقادها ساعة فساعة حسب وجود المنافع في أنفسها كأن العقد مضاف إلى معدوم سيوجد(٤) بمنزلة الوصية المضافة إلى ماتثمر نخلة)، والطلاق المضاف إلى شهر٠

وقال الشافعي : الإجارة في حكم المنعقد-في حكم المعقود عليه-بمنزلة السلم، وبيع العين(٥) ٠

١ - وذلك العقد هو عقد الإستصناع

٢ - راجع ص : ٦٦ وما بعدها

٣ - في نسخة (ب) : «تبنى»

٤ - يرجع أيضا إلى الهداية ٤/٨ وما بعدها وبدائع الصنائع ٤/١٧٣-١٧٥

٥ - الأم ٤/٢٥، ٢٦ والمهذب ١/٤٠٣، ٤٠٦ ومغني المحتاج ٢/٣٤٤ قال الشافعي رحمه الله في الأم (٢/٢٥) : «والإجارات أصول في أنفسها بيوع على وجهها» قال الله تعالى ﴿فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن﴾ (سورة الطلاق - ٦)٠ فأجاز الإجارة على الرضاع٠ والرضاع يختلف لكثرة رضاع المولود وقلته وكثرة اللبن وقلته٠ ولكن لما لم يوجد فيه إلا هذا جازت الإجارة عليه، وإذا جازت عليه جازت على مثله وما هو أحرى أن يكون أبين منه٠ وقد ذكر الله عز وجل الإجارة في كتابه وعمل بها بعض أنبيائه٠ قال عز وجل : ﴿قالت احداهما ياأبت استأجره إن خير من استأجرت القوي الأمين٠ قال إني أريد أن أنكحك إحدى إبنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج﴾(سورة القصص-٢٧)٠ وقد ذكر الله عز وجل أن نبيا من أنبيائه آجر نفسه حججا مسماة ملكه بها بضع امرأة، فدل على تجويز الإجارة وعلى أنه لابأس بها على الحجج٠ إن كان على الحجج استأجره وإن كان استأجره على غير حجج فهو تجويز الإجارة بكل حال٠

وقد قيل : استأجره على أن يرعى له٠ والله أعلم»٠

واحتج بأن الإجارة نوع بيع فلا تصح إلا منعقدا للحال في حق المعقود عليه قياسا على سائر أنواعه من السلم وبيع العين والصرف.

وهذا ؛ لأن من شرط جواز بيع الشيء أن يكون موجودا في نفسه مملوكا مقدورا على تسلميه ليصح. وجوز السلم قبل وجوده رخصة لقيام الذمة في ثبوته فيها مقام العين كما في حق الأثمان فصار السلم المسمى معقودا عليه في الذمة في الحال (لا)(١) أن يكون بمنزلة المضاف إلى العين (التي)(٢) تقتضيه.

ثم جواز الشرع بيع المنافع وهي معدومة، علم أن الشرع أعطاها حكم الوجود في جواز التصرف المبنى على الملك بإقامة سبب ملك المنافع وقبضها مقام أعيانها بعد ما تعذر اعتبار هذه الشروط فيها ؛ لأن مصالح الناس لاتقوم بلا إجارة. ولو بنيت(٣) على الملك والقبض والوجود حقيقة لما جازت ابدا؛ لأنها أعراض تتلاشى كلما وجدت، فأقام الشرع سبب وجودها وحدوثها ملكا له(٤) وفي قبضه مقام وجود المنافع مملوكة له ومقبوضة.

فقال : إذا ملك عينا وقبض. ملك أن يؤاجرها وإن لم يملك المنافع بعد؛ لأنها صارت بحيث تحدث على ملكه وقبضه.

ويجوز في الشرع أن يعطى للمعدوم حكم الموجود وغير المملوك حكم المملوك وغير المقبوض حكم المقبوض كما أعطى الميت حكم الحي في مسألة أخذ صيد الحرم، وفي الإحرام(٥) ، وفي النطفة في الرحم حتى ورث، وصح إعتاقه والوصية له.

١ ـ في نسخة (ب) : (إلا)

٢ ـ في نسخة (أ) : «الذي»

٣ ـ أي لو بنيت الإجارة

٤ ـ أي للعاقد

٥ ـ راجع أيضا المغني للخبازي صـ ٣٨٢

وأعطى للحي حكم الميت في المرتد يلحق بدار الحرب فتورث أملاكه كما لو مات (١) ، فلله تعالى أن ينصب الأحكام كيف يشاء.

الأ ترى أنه في باب السلم أعطى السلعة حكم (الثمن)(٢)

فجوز الشرع(٣) قبل الملك ووجود العين. وأقام الذمة مقام العين.

ولا يلزمنا الدار إذا غصبت، فإنما نقول : إن الدار إذا غصبت من المستأجر سقط الأجر ولو كانت المنافع مقبوضة حكما لما سقط البدل بالغصب كما في العين بعد القبض ؛ لأنا لا نقول : إن المنافع مقبوضة حقيقة، وهي معدومة بعد ؛ لأنه محال. بل نقول : الشرع أعطاها حكم القبض في حكم خاص. وهو جواز التصرف المبنى على الملك والقبض. وتقرر الضمان عليه(٤) حكم أخر. وهذا كالمرتد أعطى له حكم الميت في أن يورث. ولم يعط في أن لايقتل إذا ظهر به ولا يجبر على الإسلام، أولايكون له الجنة اذا أسلم.

ولايملك (الأجرة)(٥) بشرط التعجيل ولو لم ينعقد على الأصل لما استقام ملك البدل بالشرط بلا عقد كما في المضاف إلى شهر.

ثم للشافعي مسائل على هذا الأصل:

منها : أن الأجرة تملك بنفس العقد وتستوفى للحال(٦) ، لأنه أعطى المنافع

١ ـ راجع للمزيد من المعرفة «تحفة الفقهاء ٣١٠/٣ والهداية وشروحها ٣١٦/٥ والبحر الرائق ١٣٢/٥

٢ ـ في نسخة (ب) : «السلم»

٣ ـ أي جوز البيع في عقد السلم

٤ ـ أي على الغصب

٥ ـ في نسخة (ب) : «الأجر»

٦ ـ راجع إلى الإصطلام ١٦٢/٢ب، والمهذب ٤٠٢/١، ٤٠٦، ومغنى المحتاج ٣٣٤/٢

المعدومة حكم الموجود والمملوك في حق صحة الإجارة فيصير بمنزلة بيع عين موجود بالبيع المطلق يوجب له الملك في الثمن حالا.

والدليل على ملك الأجرة صحة الإبراء من الأجر وصحة الاتهاب به والكفالة وصحة التملك إذا استوفى للحال.

وكذلك إذا شرط التعجيل ملك(١) . والملك بالمعاوضة لايقف وقوعه على الشرط بل يقف بأجره على الشرط كالبيع بشرط الخيار، فكان هذا منكم قلبا للقصة.

ومنها : إذا آجر داره شهرين فلم يسلم شهرا (وأراد)(٢) التسليم (في)(٣) الثاني لم يجبر المستأجر على (التسليم)(٤) كما إذا إشترى شيئين بصفقة واحدة فلم يتسلمهما حتى هلك أحدهما، فإن المشترى يتخير في قبض الباقي(٥)

ومنها : إذا مات أحد المتعاقدين/ لم يبطل(٦) وتورث المنافع(٧) . [٣٨٧/أ]

وكذلك الموصى له بسكنى الدار إذا مات ورث عنه السكنى ؛ لأنها صارت للموصى له وللمستأجر في حكم القائم فيورث كما يورث الدين. وإن لم يكن على الحقيقة شيء في (ذمة)(٨) المديون ؛ لأنه أعطى له حكم المال القائم

١ ـ روضة العالين ١٧٤/٥ ومغنى المحتاج ٣٣٤/٢

٢ ـ في نسخة (ا) : «فأراد»

٣ ـ في نسخة (ب) : «على»

٤ ـ في نسخة (ب) : التسليم.

٥ ـ مغنى المحتاج : ٣٤٦/٢، ٣٥٩

٦ ـ أي لم يبطل العقد

٧ ـ راجع إلى الأم ٣٠/٤، ٣١ والاصطلام ١٦٤/٢/ب والمهذب ٤٤/١ ومغني المحتاج ٣٥٦/٢ قال فيه : «ولا تنفسخ الإجارة"" بموت العاقدين أو أحدهما، بل تبقى إلى انقضاء المدة؛ لأنها عقد لازم فلا تنفسخ بالموت كالبيع، ويخلف المستأجر وارثه في استيفاء المنفعة، وإنما انفسخت بموت الأجير المعين؛ لأنه مورد العقد، لا لأنه عاقد. فلا يثنى من عدم الإنفساخ"" سبق الكلام في صحة توريث الحقوق عند الشافعية في كتاب البيوع ٣٤٥/١

٨ ـ في نسخة (ب) «الذمة»

بنفس التسمية مع كون المديون عادما لذلك أصلا، وصارت المنافع في حكم الخارج عن ملك المؤاجر، فلا يورث كما لايورث من تركته قدر الدين الذي ملك على الميت ووجب التعيين من التركة كما يمتنع الإرث بعد التعيين بالاستيفاء.

وههنا المنافع معينة للملك على المؤاجر.

ومنها: أن المولى إذا آجر عبده سنة ثم أعتقه بقى العقد، لأنها(١) صارت في حكم المملوكة للمستأجر والخارجة عن ملك المولى والعبد فلا يصير له بالعتق كما لو آجر نفسه بنفسه(٢).

وكذلك الوصى إذا آجر اليتيم سنة ثم بلغ اليتيم لم يملك نفسه كما لو آجر نفسه(٣).

ومنها : إذا آجر داره شعبان وهو في رجب لم يصح(٤) لأن قدر العدم الثابت بالإضافة جاء من قبل شرطه. وإنما سقط اعتبار حكم العدم في المنع من جواز الإجارة لتعذر بناء الإجارة على وجود المنفعة لكونه عرضا لايبقى زمانين فيقدر البناء على الوجود بصفة راجعة إلى المنفعة. اسقط الشرع اعتبار حكم العدم، وأقام سبب الحدوث على ما قاله مقام الملك. والعدم فيما نحن فيه جاء من جهة شرط العاقد. ويمكنه رفع هذا العدم بإعدام العقد ليصير متناولا للمنفعة للحال، فلم يسقط

١ ـ لعل الضمير يعود إلى المنفعة الواردة في الذهن والله أعلم.

٢ ـ قال في مغنى المحتاج (٣٥٩/٢): «ولو أجر عبده ثم أعتقه أو باعه أو وقفه فالأصح المنصوص عليه في الأم - وعبر في الروضة بالصحيح - أنها لاتنفسخ الإجارة، لأن السيد تبرع بإزالة ملكه ولم تكن المنافع له وقت العتق. فلم يصادف العتق إلا الرقبة مسلوبة المنفعة...»

راجع أيضا المهذب ٤١٤/١ وروضة الطالبين ٢٥١/٥

٣ ـ انظر مغنى المحتاج ٣٥٦/٢

٤ ـ أنظر مغنى المحتج ٣٣٨/٢ روضة الطالبين ١٨٢/٥

اعتبار حكم العدم، ومن حكم (العدم)(١) أن لايجوز. فإن الأصل أن لايجوز بيع ما سيوجد في الثاني (وكان)(٢) من الغرر.

ولأن الشرع أعطاها(٣) حكم الوجود لضرورة جواز العقد على ما دخل تحته. وإنما دخل تحته منافع شعبان، فبقى عدم في رجب كذلك، فيكون بيع ما سيوجد.

وكذلك (٤) إذا آجر على أنه بالخيار ثلاثة أيام(٥) لأن منافع مدة الخيار لاتدخل تحت العقد؛ لأن الخيار مانع من الملك مالم يسقط وبعد سقوط لاتبقى منفعة المدة لتملك وتستحق بالعقد فتبقى الإجارة مضافة إلى مابعد ثلاثة أيام بخلاف بيع العين، لأن العين موجودة للحال مملوكة ببيع، والشرط إن أخر الملك فبعد سقوطه يقع الملك من حيث العقد حتى يكون للمشترى إكسابه وأولاده. فلايصير بمنزلة المضاف الى ما بعد المدة.

ويقرب من هذا من استأجر من آخر دارا وقبضها ثم آجرها بزيادة فأن الربح يطيب على أصله؛ لأن المنافع أعطيت حكم (المقبوض)(٦) من عين المال في حق تجوز الإجارة(٧) . ومن حكم العين المشترية المقبوضة أن يجوز بيعها بزيادة، ويحل ذلك ويطيب.

١ ـ ساقط في نسخة (ب)

٢ ـ في نسخة (أ) «فكان».

٣ ـ أى أعطى المنفعة المتوقع وجودها

٤ ـ كذلك لم يصح

٥ ـ أنظر المهذب ٤٠٧/١ ومغنى المحتاج ٤٧/٢ قال فيه : «وعلم من تقييده بالبيع أنه لاشرع في غيره كالفسوخ والعتق والنكاح والإجارة. وهو كذلك».

٦ ـ المكتوبة في نسخة (أ) و (ب): «المقبول»

٧ ـ الأم ٣١/٤ والمهذب ٤١٠/١

وكذلك الموصى له بخدمة العبد، يؤاجره، فيطيب له ذلك كالموصى له بالعبد بعينه إذا اعتاض عليه.

بخلاف المستعير يؤاجر، فإنه لايحل له، لأنه أبيح له ولم يجعل ذلك له ولأن العارية غير لازمة(١) ، ولو ملك الإجارة للزم.

ولا معنى لقولكم(٢) : إنا لانسلم أنه بمنزلة المال، إن سلمنا حكم الملك، لأننا بينا في كتاب الغصب أن المنافع أعطيت حكم الأموال التي هي أعيان قائمة، حتى جاز النكاح بسكنى دار سنة، والمهر لايصلح إلا هو مال متقوم.

وكذلك الحيوان لايثبت دينا في الذمة بدل المنفعة عندكم(٣) ويثبت بدلا عما ليس بمال في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد.

وتمام الكلام مذكور في إتلاف المنافع أيضمن بالمال أم لا ؟(٤)

يقرب منها : إجارة سكنى الدار بالسكنى شهرا فإنه يجوز على أصله(٥) كبيع الدار(٦) ، لأنها أعطيت حكم الموجود القائم للحال في حق جواز التصرف المبنى على الملك، فلا يكون للجنس تأثير في تحريم بيع الموجود بالموجود الحال بالحال.

١ ـ سبق في (٢٤٧/٤) أن الإعارة تمليك المنافع بغير عوض . وهي غير لازمة .

٢ ـ يعنى الحنفية.

٣ ـ سبق الكلام في ذلك في ص : ٢٤ ، ٢٨٠ـ٢٩٠

٤ ـ راجع للمزيد من المعرفة المهذب ٣٧٤/١ ومغنى المحتاج ٢٨٦/٢

٥ ـ يعنى الشافعي رحمه الله

٦ ـ قال في المهذب (٤٠٦/١) : «ويجوز إجارة المنافع من جنسها ومن غير جنسها؛ لأن المنافع في الإجارة كالأعيان في البيع، ثم الأعيان يجوز بيع بعضها ببعض، فكذلك المنافع»(راجع أيضا روضة الطالبين ١٧٦/٥)

وذكر مدة الإجارة لبيان المعقود عليه لا للتأجيل بعد الثبوت، فلا تكون المسألة فرعا لبيع الشيء بجنسه شيئا فلا يشبه ههنا ولا تأخير في حين الدخول تحت العقد.

ولهذا لا تنقضي الإجارة بعذر يقع لأحدهما(١) مانع من الامضاء كما لاينقضي البيع بعذر للعاقد(٢) .

— * —

فالشرط مما يبطل اعتباره للعجز كالطهارة عن النجاسة الحقيقية للصلاة(٣) واستقبال القبلة، أو جاز لقيام هذه الشروط في العين المؤاجر وقيام العين مقام المنفعة شرعا كما جاز الصلاة بالتيمم وإن عدم التوضي لقيام التراب مقام الماء شرعا ، وحصول الشرط به.

فالأحكام الشرعية قد تسقط أصلا(٤) وقد تسقط إلى خلف(٥) ما لجواز البيع بدون هذه الشروط على الحقيقة وجه ثالث، والأول(٦) باطل بالإجماع. فإنك ادعيت أن الملك شرط وجعلت المعدوم في حكم المملوك. ولأن من آجر دارا لغيره ثم اشتراها وسلم أو خرابا (فبنى)(٧) وسلم لم يجز لعدم الملك واليد

١ ـ أي للمؤجر والمستأجر كمرض وسفر.

٢ ـ راجع للمزيد من المعرفة مغنى المحتاج ٣٥٥/٢

٣ ـ كنجاسة المعذور التي تصيب ثيابه وأثر نجاسة عسر زوالها ونحوها راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم، القاعدة الرابعة : المشقة تجلب التيسير. ص : ٧٦

٤ ـ كسقوط الصلاة عن الحائض والنفساء.

٥ ـ كسقوط الصوم عن الشيخ الفاني الذي لايقدر على الصيام إلى فدية طعام مسكين. (اللباب في شرح الكتاب ١٧٠/١ والهداية ٢٧٦/١ ومراقي الفلاح ص ١٣٦).

٦ ـ أي سقوط الملكية أصلا.

٧ ـ في نسخة (ب) : «فبين».

أصلا / في المنفعة و (طرفا)(١) للمنفعة: لأن منفعة السكنى بالبناء، وإنه حدث الملك [٣٨٧/ب] فيه بالإحداث، فعلمنا أنه سقط إلى خلف، وهو العين الذي آجره أن يكون عينا مملوكا في يد المؤاجر بحيث لو حدثت المنفعة حدثت على ملكه، وكان بحيث لو بقي أمكنه البيع، فالشرع جعل قيام العين المنتفع بها على هذا الوصف في ملكه ويده معلوما عينا مقام المنفعة، وأقام وجود هذه الشروط في العين مقام وجودها في نفس المنفعة : لأن العين سببها الباقي، وإنه أصل ممهد في الشرع،

فإن الشهادة لاتصح إلا بعلم، ولما تعذر علينا العلم بحقيقة ملك الشيء أقام الشرع الأسباب المشروعة للأملاك مقام الحقيقة في إفادة العلم الذي به يصح أداء الشهادة،

وكذلك الأحكام المتعلقة بالكفر والإيمان متعلق بشهادة اللسان؛ لأنا لا نطلع على ما في القلب، فقام السبب الظاهر المشروع لبيان ما في القلب مقامه

وعلى هذا مسألة تعلق الخطاب بالبلوغ والرخص بالسفر والإستبراء بملك الوطء بملك اليمين على ما عرفناها في غير موضع،

فجوزنا الإجارة لوجود الشرائط في الخلف عن المنفعة؛ لأنه يعمل عمل الأصل إذا أقيم مقامه شرعا أينما كان، لا أنا (أوجدنا)(٢) الشرط في نفس المنفعة بأن جعلناها مملوكة حكما وموجودة عينا، وهي عدم ؛ لأنا لانجد له نظيرا شرعا(٣)، ولأن سبب الشيء متصل به وداع إليه لا محالة، فكان أولى به من الذي يوجد بعد

١ ـ في نسخة (أ) : «طرف»

٢ ـ في نسخة (أ) : «وجدنا»

٣ ـ راجع أيضا بدائع الصنائع ٤/١٧٣-١٧٤

سببه أن يجعل موجودا للحال، (وماله)(١) اتصال جواز ولا سببية،

فإن قيل : إذا استأجر رجلا ليخيط له هذا الثوب قميصا بدرهم صح، وعين الأجير لم يقم مقام المنفعة بدليل : أنه لو استعان برجلٍ حتى خاطه استحق الأجر، ولو كان الجواز ؛ لأن العين التي منها تكون المنفعة تقام مقامها لكان لايستحق،

قلنا : هذا الأصل الذي قلنا في العقد الوارد على منافع عين، وهذا لم يرد على المنفعة لما ذكرت أنه يستحق البدل دون المنفعة، وإنما ورد العقد على تصيير الثوب قميصا، فيثبت له هذا الوصف، و (بالوصف)(٢) القائم يستحق الأجر حتى إذا نقضه سقط الأجر، والعمل سبب لثبوت الأجر،

ولهذا يحبس الثوب بالأجرة ؛ لأن المبيع فيه قائم، وليس بمتلاش، ولكنه لايمكن بيعه بعد وجوده حقا للفاعل، فأقيمت العين التي بها يقوم الوصف مقام الوصف؛ لأنه سبب لقيامه فيصير به معلوما وعينا حكما ومقدورا على التسليم،

والذي يدل عليه : أنا إنما اضطررنا إلى تبديل حقيقة العدم بوجود شرعا ليجوز العقد عليه، فيقتصر البدل على الشرط؛ لأن الجواز المتعلق بشرط لايتصور دونها ما بقيت شروطا،

فأما في حق أحكام العقد فلا يظهر ويبقى على الحقيقة؛ لأنه يجوز تأخر حكم العلة عن العلة بعارض، ولا عارض فوق عدم المحل، ومن حكم العقد في جانب المعقود عليه أن يصير معقودا عليه مملوكا ومسلما فيتأخر كلها إلى حين وجودها،

١ - في نسخة (أ) : «مال»

٢ - في نسخة (ب) : «الوصف»

فالخصم عجل الأحكام بدليل الجواز، والجواز ثابت بدون التعجيل خاصة في البيع، فالبيع بشرط الخيار للبائع ثابت والملك متأخر.

وكذلك بيع الوصي الرهن ونحوه.

ونحن أخرنا الأحكام بدليل مؤخر وهو عدم المحل فالحكم لايتصور ثبوته قبل محله فكان هذا في إيجاب التأخر فوق الشرط والأجل وحق المرتهن.

وبعد وجود المحل لايتصور إيراد العقد عليها(١) ؛ لأنها لاتبقى(٢) ، فأقيم السبب الباقي مقامها في حق الجواز لما تعذر إيراد العقد عليها كما أقام الشرع الوصف في باب السلم في إعلام المبيع مقام الإشارة في الأعيان لما تعذر الإشارة إلى الدين في الذمة.

فثبت أن هذا طريق ثابت شرعا، فوجب تخريج جواز الإجارات عليه، لا على أنها جعلت موجودة حكما ومملوكة، فإنا لانجد له نظيرا.

ولأنا ذكرنا : أن ملك المنفعة؛لأنه لايبقى فلا يمكن بناء الجواز على إثبات ملكها حكما، والجعل كأنها ملكت ولو تحقق ما أمكنه(٣) التصرف فيه(٤) ، بل تجب إقامة الأصل مقامه(٥) ليكون بناء الجواز على ملك باق، ولأنا إنما نترك الحقيقة - وهي العدم - إلى الوجود حكما استدلالا بجواز العقد.

١ ـ والذي يظهر أن الضمير يعود إلى المنفعة.

٢ ـ أي لأن المنفعة لاتبقى، بل تتلاشى وتنجد ساعة فساعة.

٣ ـ أي ما أمكن المستأجر

٤ ـ أي في ملك المنفعة

٥ ـ أي مقام ملك المنفعة

والجواز يدل على وجود شروطها، لأنها تعتبر خاصة في العقد ولا (يدل)(١) على أحكامها الجواز تراخى أحكام العقد عنه بعارض.

فإذا ثبت هذا ثبت أن العقد في المنافع على حسب حدوثها (ما أوجب)(٢) الملك في المنفعة إلا متفرقا على حسب الوجود.

فكذلك في البدل الآخر.

وكذلك التسليم لايقع إلا متفرقا، فكذلك الآخر.

ثم الدليل على أن الأحكام ينبغي أن تكون متأخرة قياسا كما وجب حقيقة ؛ لأن الإجارة عقد وسببه أضيف إلى منافع معدومة، فيتوقف حكم العقد في (حق)(٣) المضاف إليه إلى حين وجوده كالوصية بما تثمر نخلة العام وبما تلد أغنامه السنة، والطلاق المضاف إلى امرأة تدخل الدار، وعتق كل ولد ولدته أمته(٤) .

وهذا ؛ لأن المعدوم لايقبل الوصف. وإنه من المحالات. والموجود من الإيجاب يقبل التوقف.

فالإيجاب ضربان : نافذ وموقوف، فكانا وصفين لموجود.

وكذلك الطلاق المضاف إلى شهر موقوف في صيرورة المرأة مطلقة على مضى المدة فما هي /بمطلقة للحال. وتصير مطلقة إذا مضت المدة بالإيجاب [٣٨٨أ] السابق.

١ ـ في نسخة (ب) «تدل»

٢ ـ في نسخة (ب) : «ما أوجبه»

٣ ـ في نسخة ـ (ب) : «حكم»

٤ ـ فيتوقف الحكم إلى حين الثمار والولادة وفي الطلاق إلى حين الدخول، وفي العتق إلى حين ولادة الأمة.

وكذلك المضاربة(١) إيجاب لملك ما يوجد من الربح، فيكون للحال موقوفاالى حين وجود الملك. (لا)(٢) أن يقال : نصف الربح يصير مملوكا للحال حكما وتبطل الإضافة إلى محل معدوم.

فثبت أن الأصل في الإضافات الصحيحة إلى محال معدومة أن تقع للحال موقوفا على أن تنفذ على المحل حين وجوده كالمضاف إلى شرط معدوم أو وقت معدوم جعل شرطا لوجوده كالطلاق المضاف إلى شهر.

وهذا ، لأن الإيجاب كما ينعدم بالتعليق بالشرط ينعدم بعدم المحل؛ لأنه لايتصور وجوده قبل المحل الذى ينفذ حكم الإيجاب فيه، فيقف الإيجاب الموجود في حق المحل قبله، وفي المعلق قبل شرطه.

فإن قيل : أعطيت المنافع حكم الوجود بدليل جواز بيعها ، والبيع لايرد إلا على موجود.

قلنا : لا ، بل بقيت المنافع على العدم حكما كما كانت حقيقة. وجوز بيعها قبل وجودها إذا صارت بحيث لو وجدت على ملك البائع قبضه على ما مر في الطريق الأول.

لأنا وجدنا في الشرع التمليك يصح مضافا إلى ما سيوجد نحو المضاربة والوصية على ما مر. ولم نجد في الشرع معدوما على حكم الوجود في تجويز التصرف في غير المتنازع فيه. فلما اضطررنا في المتنازع فيه إلى ترك القياس على سائر البيوع بأن نجيز على المعدوم حقيقة على أن يعطيه حكم الوجود شرعا بخلاف

١ ـ سبق تعريف المضاربة في ١/١٨٢، ٣/ ٢٧١

٢ ـ في نسخة (ب) : «لا»

القياس، أو على أن يجوز كذلك مضافا ألى معدوم حقيقة وحكما على سبيل التوقف أثبتنا ما وجدنا له نظيرا في الشرع من حيث التمليك (إن لم يجد)(١) من حيث المعاوضة والبيع فيكون ترك المقايسة بإحلال صلة العوضية دون التملك (الذي)(٢) فيه بلا معاوضة،

فإنك متى جعلت المعدوم موجودا حكما ليجوز العقد كنت تاركا للقياس على الأصول أصلا؛ لأنك لاتجد له نظيرا في (غيره)(٣) من جملة الإيجابات المضافة ألى معدوم،

ولأنا بهذا التغيير نبدل أمرا شرعيا، فإن الشرع هو الذي شرط الوجود لجواز البيع، وأنت تبدل أمرا حقيقيا وهو عدم المنفعة في المدة للحال، وتبديل الشرع أيسر من الحقيقة؛ لأنا نجد كثيرامن الأحكام تناسخت(٤) ، ولانجد قلب الحقائق حكما إلا قليلا

ألا ترى أن الوجود شرط لجواز البيع، ثم جاز بيع الحنطة سلما قبل وجودها في ملك البائع، ولم يكن الجواز من طريق أن للمسلم فيه حكم العين الموجود فى الذمة، بل جوز من طريق أن الحنطة أعطى لها حكم الثمن، فموجب البيع إزالة

١ - في نسخة (ب) : «إن لم نجد»

٢ - تكرر في نسخة (أ)

٣ - في نسخة (أ) : «عدة»

٤ - أي ورد عليها النسخ

والنسخ : في اللغة : الإزالة والتغيير والنقل والتبديل (الصحاح ٤٣٣/١ والمفردات ص ٤٩٠ ولسان العرب ٦١/٣)

وفي الشرع : هو أن يرد دليل شرعي متراخيا عن دليل شرعي مقتضيا خلاف حكمه، فهو تبديل بالنظر إلى علمنا وبيان لمدة بالنظر إلى علم الله تعالى،

(التعريفات للجرجاني ص ٢٤٠، راجع أيضا المغنى للخبازي ص ٢٥١ وميزان الأصول ص ٦٩٩-٧٠٠)

الملك عن مبيع عين، وإيجاب الثمن في ذمة المشترى، فجوز بيع الحنطة سلما قبل الوجود على معنى أنه (أن)(١) جعل السلم موجبا للحنطة (كما)(٢) كان موجبا للثمن، لأن الإزالة والإيجاب حكمان شرعيان، فكان التبديل أهون من أن يجعل السلم في الذمة عينا حكما، والحقيقة بخلافه،

ثم الدليل على أن بيع السلم جوز من الطريق الذي قلنا : أن قبض رامس المال شرط في المجلس كيلا يكون دينا بدين كما شرط في الصرف على ما بينا في البيوع(٣) ،

ولو أعطى السلم حكم العين الموجودة في حق جواز السلم لما وجب قبض رأس المال في المجلس كما لو باع حنطة بعينها بدراهم،

فإن قيل : أليس يجوز النكاح بمنافع دار شهرا وتصح التسمية، وإنه لاينعقد إلا بمهر للحال ؟

قلنا : من حكم النكاح أنه لاينعقد إلا بمال، والتسمية لاتصح إلا بما هو مال معلوم، فأما أن يكون داخلا تحت العقد للحال أو مملوكا للمرأة فليس بشرط عندنا، فإنا نقول : من تزوج امرأة على عبد غيره فلم يرض به صاحبه خرج العبد عن الإيجاب أصلا، والتسمية صحيحة، حتى إذا اشتراه(٤) من صاحبه أجبرت المرأة على القبول،

فهذا الذي يسميه موقوفا أولى أن يصح،

١ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ ـ غير موجود في نسخة (ب)

٣ ـ راجع ١/١٤١ـ ١٤٢

٤ ـ اشترى الزوج العبد

وكذلك جوزنا النكاح على منافع داره شوال، وهو في رجب، ولا ملك هنا بالإجماع.

فثبت أنا جوزنا الإجارة على سبيل الإضافة إلى حين الوجود لتعذر البناء على الوجود.

والخصم أعطى المنافع المعدومة حكم الموجود لتعذر البناء على الوجود، وتعذر جواز البيع مضافا في الأصل، فيمسك بفساد البيع وترك عدم المنافع حكما ضرورة جواز البيع.

ونحن بقينا العدم على العدم وتركنا فساد البيع لضرورة البناء على الوجود.

فأما الجواب عن قولهم : «ملك الأجر بشرط التعجيل» فلأن الإضافة إنما تثبت بحكم المعقود عليه، لابحكم النص من العاقدين.

فثبتت الإضافة في حق المنافع لا غير، ولا تثبت في حق الأجرة إلا أنها لا تملك على أصلنا قبل الشرط. فيكون مساويا للآخر في ملك المنفعة على ما نذكر، وبالشرط يبطل اعتبار معنى المساواة على ما نذكره بخلاف ما إذا آجر داره شوال وهو في رجب بشرط تعجيل الأجرة. فإن الشرط باطل للحال، لأن العقد أصله منعدم للحال بالنص إلى شهر لم يجز إلا لضرورة انعدام المعقود عليه مع إرسال العقد للحال، ولما انعدم بالنص ثبت العدم في حق الاخر، فلم يجب قبله.

ودل بصحة ما قلنا : أن من أعاره داره شهراأو وهب لرجل منافع داره شهراوسلم [٣٨٨ب] لم يورث، وما يملك بالبيع يملك بالهبة إذا تم القبض الذي يتبنى عليه جواز التصرف في البيع بلا امتناعه فيما يحتمل القسمة

ولو ملكت خلفه الوارث (لا)[1] محالة.

وإذا ثبت هذا خرجت المسائل

أماالذي آجر داره شوال وهو في رجب، فلأنه لو آجره في رجب كانت الإجارة في المنافع المعدومة مضافة على ما مر.

فالتنصيص على الإضافة لايبطلها إذا لم يتبدل شيء من الشروط المجوزة من الوجه الذي قلنا.

فإن قيل : في هذا زيادة إضافة يمكن الاحتراز عنه. وإنما سقط اعتبار الأول لضرورة أنه لايمكن الاحتراز عنه.

فلما لم يثبت بهذا النص أكثر مما كان ثابتا بأصل الشرع لم يوجب فسادا.

فإن قيل : أوجب زيادة حتى لم يملك الأجرة للحال وإن شرط تعجيلها.

قلنا : الأثمان في البيوع بمنزلة المبيع للسلع حتى كان بقاء العقد متعلقا بقبض السلعة دون الثمن. ثم هذا العقد في حق السلعة - وهي المنافع - لايقع إلا مضافا قبل الثمن الذي هو بيع الإضافة أيضا

تحقيقا للتبعية. وإن عدم فيه ما كان في المنافع.

ولأنا ذكرنا أن شرط جواز الإجارة أن تكون الدار بحيث لو حدثت المنافع في مدة الإجارة حدثت على ملك المؤاجرة ويده.

وقد قام هذا المعنى مقام ملك العين وقبضة في سائر البيوع.

وهذا المعنى في الإجارة المضافة إلى شهر لم يكن قائما، وبعد الشهر قائم.

١ - في نسخة (ب) : «بلا»

وكذلك إذا آجر على أنه بالخيار ثلاثة أيام؛ لأنه بمنزلة المضاف إلى ما بعد ثلاثة أيام على ما قرره الخصم(١) أو دونه.

ومنها(٢) : إذا آجر شهرين فلم يسلم شهرا ثم جاء يسلم، أجبر المستأجر على القبول، لأن الإجارة مما لاينعقد إلا متفرقة ساعة فساعة. ولما تفرقت الصفقة في حق الأزمنة لم يكن التفرق موجبا خيارا كما لو اشترى أعيانا بعقود متفرقة، وهلك بعضها قبل التسليم لم يثبت الخيار في البقية. وبعض الشبهة قائمة. ففي هذا زيادة تفرق حيث يهلك البعض على ملك المؤاجر والبعض يهلك على ملك المستأجر، وإذا اسلم جملة يجتمع الملك للمستأجر.

ومنها : أن الإجارة تبطل بموت المؤاجر(٣) ، لأن الإجارة عقدت على ملك العاقد وعليه. وهي على المنافع التي تكون بعد موته إنما ينعقد حين الوجود فلا ينعقد على الميت بعد موته بإيجاب وجد حال الحياة لا على سبيل الوصية كما لو وهب ولم يسلم حتى مات أو وكل بالبيع فلم يبع حتى مات.

ولهذا لا تجوز إجارة الوارث كالهبة قبل التسليم؛ لأنه(٤) يقوم مقامه(٥) في أملاكه لا أقواله وعقوده التي عقدها لنفسه وعليه بخلاف الوصية بجميع المال؛ لأنه إضافة إلى مال الوارث.

١ ـ راجع ص٢٣٨ وهامشها.

٢ ـ أي من المسائل التي خرجت على أصل جواز الإجارة لوجود الشرائط في الخلف عن المنفعة، لأنه يعمل عمل الأصل إذا أقيم مقامه شرعا أينما كان.

٣ ـ راجع أيضا تحفة الفقهاء ٣٦١/١ والهداية وشروحها ٨٤/٨ وتكملة البحر الرائق ٣٦/٨

٤ ـ أي الوارث

٥ ـ أي مقام الميت

ولأن العقد على مال الغير لاينفذ بإجازة مالك تجدد له سبب ملك بخلاف الملك الموقوف، والتجدد يبطل التوقف كما إذا باع شيئا ثم اشترى ثم أجاز،

وكذلك إذا استأجر ثم مات؛ لأن العقد إنما ينعقد ساعة فساعة، وإنما ينعقد للعاقد فلا ينعقد بعد موته بإيجاب حال الحياة إلا على وجه الوصية على ما مر،

بخلاف الوكيل بالإجارة أو الشراء، فإنها(١) لاتبطل؛ لأنه ثابت ولا يتبدل الحكم في حق ما انعقد العقد له في البدلين جميعا،

ولأن المنافع لاتقبل الإرث بحال؛ لأنها لاتتقرر زمانين، والإرث لا يتصور إلا على زمانين بأن كانت للميت ثم صار للوارث، لأنه ملك خلافة لا ابتداء،

وكذلك الموصى له بالخدمة إذا مات بطلت وصيته؛ لأنها(٢) تحدث ساعة فساعة، فبعد الموت تصير وصيته لميت،

فكذلك الإجارة تصير لميت فبطلت، والوارث يقوم مقام الأول فيما صار له بتسليط، لا في قبول السبب،

ولهذا لاتورث العارية بالإجماع، وهي هبة منفعة في المدة كالوصية،

وذكرنا الإستدلال بالعارية في مسألة الإجارة بأكثر مما استأجر(٣) ،

وكذلك إذا آجر عبده سنة ثم اعتقه لنصف السنة كان له البعض؛ لأن الإجارة بعد العتق تنعقد حين وجود المنافع، وإنما يوجد للمعتق فلا يستحق بعقد المولى عليه كما بعد العتق والنفاذ قبل العتق بحكم أنها(٤) ملكه لابحكم النيابة عن من له العقد على سبيل ولاية شرعية،

١ ـ أي الإجارة

٢ ـ أي الخدمة

٣ ـ راجع ص : ٢٣٨ ٢٣٩

٤ ـ أي أن المنافع،

بخلاف ما إذا آجر الوصى عبدا ليتيم ثم بلغ(١) ، فإن الإجارة تبقى؛ لأن العقد نفذ بحكم النيابة عن المالك، وإنه أعم من الوكيل بالإجارة، ولزمه ذلك في المدة كله، ولم يعتبر قيام ولاية النيابة بعد العقد كما في الوكيل.

فأما إذا آجر الأب ولده الصغير أو الوصى السنة فبلغ لنصف سنة فله أن ينقضها(٢) ، لأن الأب والوصى مالهما ولاية إجارة الصغير؛ لأنها(٣) ليست من أسباب تميز المال والتصرفات التي هي من مصالح نفسه ومعيشته، بل هي من كسوب المضطرين من آكد الأعمال، والولاية تثبت للولي فيما هو من مصالح أمر المعيشة كالتجارة والنكاح، وكان ينبغي أن لاتجوز الإجارة إلا أنهم جوزوا استحسانا، فالأب يملك استخدام الصغير وإتلاف منافعه مجانا بغير شيء تأديبا وتهذيبا وتثقيفا.

ولما ملك إتلاف المنافع بغير شيء كان ايجاب البدل عنها(٤) منفعة محضة تملك لقيام (يد)(٥) التحصين كما تملك الأم/ قبول الهبة للصغير إذا كان في يدها. [١٣٨٩]

١ ـ أي اليتيم

٢ ـ قال في بدائع الصنائع (١٧٨/٤) : «ولو بلغ الصبي في هذا كله قبل انقضاء مدة الإجارة فله الخيار إن شاء أمضى الإجارة، وإن شاء فسخ، لأن في استيفاء العقد إضرارا به، لأنه بعد البلوغ تلحقه الأنفة من خدمة الناس.

وإلى هذا أشار أبوحنيفة فقال : أرأيت لو تفقه فولى القضاء أكنت أتركه يخدم الناس وقد أجره أبوه ؟ هذا قبيح.

ولأن المنافع تحدث شيئا فشيئا والعقد ينعقد على حسب حدوث المنافع، فإذا بلغ فيصير كأن الأب عقد ما يحدث من المنافع بعد البلوغ ابتداء، فكان له خيار الفسخ كما إذا عقد ابتداء بعد البلوغ...»

٣ ـ أى لأن الإجارة

٤ ـ أي عن الإجارة

٥ ـ في نسخة (ب) : «بدل»

وكذلك الأجنبي إذا رب(١) صغيرا أجنبيا ملك قبول الهبة له بيد التحصين،

وكذلك العبد لايملك إجارة نفسه، وإن فعل وسلم وجب المسمى(٢) ، وانقلب جائزا استحسانا؛ لأنه لو لم يجز لضاعت المنافع، فكان إيجاب الأمر نفعا محضا، ولما ملكت ملكت (بيد)(٣)التحصين، وإنها تزول بالبلوغ، والإجارة تنعقد على حكم الإبتداء لم تلزمه الإجارة أو وكالة من قبله كما في مسألة العبد إذا زال الملك بالعتاق،

إلا أن العقد ههنا يجوز بإجارة الصغير والعتيق بخلاف الوارث؛ لأن العاقد لم يحدث به ما يبطل إيجابه بعد العتق والبلوغ، فإنه على صفاته التي تثبت له ولاية التصرف،إنما حدث تغير في المتصرف عليه بأن خرج عن ولايته، وهذا يمنع النفاذ لا الإنعقاد،

بخلاف الموت ، فإن الميت ليس بأهل أن ينعقد له أو عليه عقدا ابتداء بإيجابه،

ألا ترى أنه إذا باع أو اشترى ومات قبل القبول لم يصح القبول بعده،

وكذلك إذا وهب ولم يسلم لم يصح التسليم بعده؛ لأن الانعقاد بتصرفه حق مقصور لما تتعلق به الأحكام، والميت ليس بأهل له بعد موته ولا أهل للعبارة، فأما أن يصير غير ولي على المحل فلا يخرج به من أن يبقى التصرف حقا في مال غيره، ولا أن يكون أهلا للعبارة في مال الغير شرعا على ما عرف من مذهبنا(٤)، وبعض

١ ـ المكتوب في النسخ : «ربا»

٢ ـ راجع أيضا إلى بدائع الصنائع ١٧٦/٤

٣ ـ في نسخة (أ) : «بيدي»

٤ ـ وفي ذلك إشارة إلى مسألة عقد الفضولي، راجع للمزيد من المعرفة في ذلك ٢٨٩/١ـ٢٩٠

الشبهة قائمة، لأن السبب هو العقد وقد تم وخرج عن ملكهما، وإذا تم السبب ثم مات المكتسب يجوز أن يثبت حكمه بعد الموت كما إذا رمى صيدا ثم مات فأصاب بعده.

فكذلك إذا استأجر دارا جاز، وإذا جاز في جانب الدخول جاز مثله في الخروج، وفي الهبة قبل التسليم لم يتم السبب.

— * —

ومنها : إذا أجر داره بسكنى دار (شهرا)(١) لم يصح عندنا(٢) ، لأنه بمنزلة بيع الشيء بجنسه نسأ.

هكذا علل محمد فيما كتب إليه ابن سماعة.(٣)

١ ـ في نسخة (ب) : «شهر»

٢ ـ قال في بدائع الصنائع (١٩٤/٤) : «أن لاتكون الأجرة منفعة هي من جنس المعقود عليه كإجارة السكنى بالسكنى والخدمة بالخدمة والركوب بالركوب والزراعة بالزراعة حتى لا يجوز شيء من ذلك عندنا»

٣ ـ ابن سماعة : هو محمد بن سماعة بن عبيدالله بن هلال بن وكيع، أبو عبدالله التميمي
حدث عن الليث بن سعد وأبي يوسف ومحمد بن الحسن، وأخذ الفقه عنهما وعن الحسن ابن زياد، وكتب النوادر عن أبي يوسف ومحمد. وروى الكتب والأمالي، كان من الحفاظ الثقات.
ولد سنة ثلاثين ومائة ومات سنة ثلاث وثلاثين ومائتين وله مائة وثلاث سنين.
وولى القضاء للمأمون ببغداد بعد موت يوسف بن الإمام أبي يوسف فلما ضعف بصره استعفى.
لما مات محمد بن سماعة قال يحيى بن معين : «اليوم مات ريحانة أهل الرأي».
له : كتاب أدب القاضي وكتاب المحاضر والسجلات والنوادر وغيرها.
(الجواهر المضيئة ١٦٨/٣- ١٧٠ والفوائد البهية ص ١٧٠)
روى أن ابن سماعة - رحمه الله - كتب إلى محمد بن الحسن وقال : «لم لاتجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار ؟»
فقال محمد : «إنك أطلت الفكرة ولزمتك الحيرة. وجالت الحنائي فكانت منك زلة.»

ووجه ذلك : أن الملك في بيع الشيء بجنسه متعجل في البدلين وإنما تأجلت المطالبة وتأجر معنى العينية. (والعينية ههنا معدومة)(١) في البدلين والملك معدوم لما ذكرنا أنها إنما تنعقد على ما يوجد من بعد، فكان أولى بالحرمة.

فإن قيل : إنما حرم بيع الشيء بجنسه نسأ عندكم، لأن النقد خير من النسئية فيمكن في النقد معنى الفضل فحرم بأحد وصفى علة تحريم ربا الفضل على ما ذكرتم في موضعه. وهنا لا فضل فالعدم في البدلين على نمط واحد.

قلنا : نعم، النص إذا علل تعلق الحكم في الفرع بعلته. فأما في النص بعينه فلا تراعى العلة ويتعلق بعينه(٢) ، وهو أنه ليس يدا بيد، وأنه خرج مبيحا لما أصله تحريم فيما لم يختلف، فتكون الحرمة فيما إذا لم يكن يدا بيد بالنص لا بالقياس، فلا يعتبر للحرمة قيام الفضل، لأن النص لم يشر إلى الفضل، وفيه شبهة، فما المنافع من أموال الربا(٣) .

وكذلك الإجارة تنقضى بالعذر(٤) ؛ لأنها جوزت مضافة إلى ما سيوجد. وأنه باطل على أصل الشرع قياسا(٥) . وإنما جوز استحسانا لحاجة الناس إلى ذلك،

= أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نساء»

قال في الكفاية (٥٥/٨) : «الحنائى : اسم محدث ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل، وكان يقول : لا برهان لكم عليها.

فقال محمد لابن سماعة : كانت مجالستك إياه زلة.

يقال : ثوب قوهي، منسوب إلى قوهستان كورة من كور فارس.»

(راجع أيضا بدائع الصنائع ١٩٤/٤، والعناية ٥٤/٨ والبحر الرائق ٢٥/٨)

١ ـ في نسخة (أ) : «وههنا العينية معدومة» بالتقديم والتأخير.

٢ ـ أي يتعلق الحكم بعين النص.

٣ ـ أى ما ذكرت في النص وليست بموزون ولا بمكيل.

٤ ـ راجع أيضا تحفة الفقهاء ٣٦٠/٢ والهداية وشروحها ٨٦/٨ وتكملة البحر الرائق ٣٧/٨

٥ ـ أي قياسا على سائر البيوع

فإذا صارت الحاجة في بعضها وتحققت ترجح وجه القياس.

— * —

فأما إذا استأجر وقبضه ثم آجر بأكثر مما استأجر لم (تطب)(١) الزيادة عندنا.

فيتبنى على هذا الأصل ثم على أصل آخر؛ لأنه ثبت من أصلنا أن العقد في حكم المضاف والمنافع على الحقيقة ليست بمقبوضة ولا مملوكة، ولكن أعطيت حكم القبض في حق جواز التصرف للضرورة.

والربح بعد القبض حلال وقبله حرام. والباب باب الحرمات فترجح جهة الحرمة على أصلنا(٢) ، كما قالوا فيمن اشترى عبدا بألف يساوي ألفين، فقتل قبل القبض، وضمن القاتل ألفى درهم للمشترى : إنه لايحل له ألف؛ لأنها ربح من وجه؛ لأن الزيادة إنما تحققت بنفس المقابلة بالقيمة ألف بألف. والألف الآخر ربح لا محالة. فأما قبل القتل فلم تكن تظهر الزيادة في العبد والألف إلا عند التقويم. والبيع لا يتعلق بقدر القيمة، فلا تجب المجاوزة عن العين إلى قيمته بحق البيع فلا يظهر الربح حتى يصير دراهم تظهر الزيادة بنفس المقابلة. فصارت الألف ربحا على هذا الوجه بالقتل، فإنه قبل الضمان يدخل الثمن، ومن وجه لاربح بالقتل؛ لأن القيمة بدل العين لا بدل الثمن. والعين ملكه بالعقد فقيمته كذلك، وما في بدل ملكه غير القيمة ربح. فترجح جانب الحرمة على أصلنا ، ولم يترجح على أصله(٣) بل ترجح جهة أنه لا ربح، فإنه هو الحقيقة.

١ - في نسخة (ب) : «لم تبطل» وما أثبتناه في المتن أنسب.

قال الطحاوي - رحمه الله - في مختصره (ص١٢٩) : «ومن استأجر دارا فليس له أن يؤاجرها حتى يقبضها، وليس له بعد قبضه أياها أن يؤاجرها بأكثر مما استأجرها به، فإن فعل كانت الأجرة له، وأمر أن يتصدق بفضلها عما استأجرها به...»

٢ - سبق الكلام في ذلك راجع ص : ٤١

٣ - يعني الشافعي رحمه الله

ونحن رجحنا تلك الجهة لما فيه من شبهة الثبوت بالقتل، وباب الربا يثبت بالشبهات على ما بينا في البيوع(١) وفرعنا عليه المسائل،

وهي مشكلة على هذا الوجه؛ لأن الإختلاف ثابت فيما أجر دارا أو أوصى له بسكناها، وطيب الربح في الوصية لايتبنى على ضمان ولا قبض،

واحتج هلال الرازي(٢) في وقفه : أنا أجمعنا على أن المستعير ليس له أن يؤاجر، لأن تلك المنافع مملوكة بغير عوض،

فكذلك الموصى له بالسكنى(٣) ،

والدليل على أن المستعير مالك : أن المستعير يملك أن يعير، ولو كانت الإعارة إباحة لما ملك أن يبيح غيره، كمن قال لآخر : «أبحت لك طعامي» لايملك أن يبح غيره،

فإن الإعارة من الإجارة كالهبة من البيع في حق المنفعة، ألا ترى أنه لو قال:/ [٣٨٩ب] «أعرتك منافع داري شهرا بعد موتي» كان كما لو قال : «أوصيت لك بسكنى داري»،

وكذلك إذا قال : «وهبت لك بسكنى داري»، «وأعرتك » واحد، ولأن المنافع أموال تقبل التمليك ببدل، فكذلك بغير بدل كالأعيان،

فإن قيل : إنما لم يملك المستعير الإجارة؛ لأنها لازمة، والإعارة ليست بلازمة،

١ ـ راجع ١٠٢/١

٢ ـ هو هلال بن يحيى بن مسلم الرازي الشهير بهلال الرأي تلميذ أبي يوسف سبقت ترجمته في ٢٩٤/١

٣ ـ راجع إلى كتاب أحكام الوقف ص : ٢٧

قلنا : هبة الرجل لولده غير لازمة عندك(١) ، والولد يملك أن يهب لغيره وأن يبيح.

ولأنه كان يقال : ملك المستعير التصرف بشرط ألا يبطل حق المعير في الاسترداد. كما قال فيمن اشترى وقبض قبل نقد الثمن بغير إذن البائع، وتصرف فيه : إنه ينفذ، وللبائع حق الإعتراض بحق الملك. فعلمنا أن المستعير إنما لم يملك الإجارة؛ لأنه ملكها بغير عوض.

فكذلك المستأجر لم يملك الزيادة على ما عرف؛ لأنه في تلك الزيادة بمنزلة الموصى له(٢) والمستعير، وهذا المعنى معقول على أصلنا. وهو : أن المنافع أموال عندنا متقومة في أنفسها حتى يجوز أن يكون مهرا. ولا يثبت الحيوان (دينا)(٣) عنها(٤) في الذمة.

بخلاف الخمر، فإنه لايصلح مهرا.

وليست(٥) بمضمونة بالمال بدليل أن مستهلكها بغير حق لايضمن شيئا كما لو أتلف خمرا. (فلشبه)(٦) الأول(٧) يجوز الاعتياض عليها مطلقا- ملكها تبعا

١ ـ كذلك ولد الولد وإن سفل، قال في المهذب (٤٥٤/١) : «وإن وهب للولد وولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع للخبر. ولأن الأب لايتهم في رجوعه؛ لأنه لايرجع إلا لضرورة أو لإصلاح الولد».

٢ ـ هنا زيادة «في أصل العوض» في نسخة (ب)

٣ ـ غير موجود في نسخة (ب).

٤ ـ غير موجود في نسخة (أ)و (ب). والإثبات من مقابلة نسخة (ب).

٥ ـ أي المنافع.

٦ ـ في نسخة (ب) : «فأشبه»

٧ ـ أي لشبه المال

لملك الأصل بغير الأصل أم ملكها مقصورة بالإجارة -و(الإعارة) والوصية، وللشبه بالخمر تبطل (صحة)(١) الاعتياض عليها مطلقا في الأحوال كلها.

فقيل : إذا ملكت تبعا لملك الأصل، جاز الاعتياض عليها مطلقا كالأعيان من الأموال المتقومة وإذا ملكت مقصودة لم يملك الاعتياض عليها إذا ملكها بغير عوض كما في العارية والوصية، ويملك الاعتياض عليها إذا ملكها بعوض بقدر ما عوض كما في الإجارة، فنظير الضمان بالمال بقدر ما ضمن، فيصح الاعتياض بذلك القدر، ولا يجوز فوقه.

فإن قيل في العقد بدون البدل : يجوز عندكم، ولكن لاتطيب له الزيادة ولو أشبهت الخمر لما جاز.

قلنا : يجوز (بضمان)(٢) التسليم كمن غصب دارا (فآجرها)(٣) كان البدل (كله)له(٤) ، (و)(٥) لايطيب. وهذا التعليل لبيان أن الملك لايطلقه هذا التصرف ويكون كغير المالك أو كمالك الخمر.

— * —

ومنها : أن الأجرة لا تملك بنفس العقد عندنا(٦) ؛ (لأنه)(٧) لما ثبت أن الإجارة بمنزلة المضافة إلى ما سيوجد من المنافع أشبه ما إذا أجر داره شهرا لم يجيء بعد، أو آجر على أنه بالخيار ثلاثة أيام، فلا يملك الأجرة في مدة الخيار؛

١ ـ في نسخة (ب) : «تصحيح»

٢ ـ في نسخة (أ) : «لضمان»

٣ ـ في نسخة (أ) : «أو آجرها»

٤ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٥ ـ غير موجود في نسخة (ب)

٦ ـ راجع أيضا بدائع الصنائع ٢٠١/٤ والهداية ١٠/٨ وما بعدها.

٧ ـ غير موجود في نسخة (ب)

لأن الأجرة بدلها(١) كالثمن من المبيع، فيجب تبعا على ما مر، فيصير الإيجاب في حق الأجرة كالمضاف مالم يقطع عنه بالشرط.

وعامة مشائخنا يعبرون ويقولون : إن الإجارة عقد معاوضة، فمطلقة يوجب الملك في البدلين على المقابلة قياسا على البيع(٢) .

وهذا، لأن تفسير المعاوضة: تمليك ببدل لغة، وليس بتمليك للحال، فمن أوجب ملكا بلا ملك كان خروجا عن سببه بقدره، وكان هذا حكم أولى بالمراعاة من قولهم(٣) : يجب حالا ؛ لأنه ليس في التأخر بسقوط حكم المعاوضة نفسه، وكذلك شرعا.

ألا ترى أن خيار المجلس ثابت على أصله، ولا (ملك)(٤) إلا بعد التفرق.

ثم قد ثبت على أصلنا أن الملك في المنفعة يجب ساعة فساعة، فكذلك الأجر بخلاف ما إذا اشترط تعجيل الأجرة، لأن الحكم الذي ذكرنا مما يحتمل التغير شرطا من حيث التقدم والتأخر.

ألا ترى أنه إذا باع بشرط الخيار، ملك الثمن عندكم ولا يملك عليه المبيع.

١ ـ أي بدل المنافع.

٢ ـ قال في الهداية (٨/١٢-١٣) « أن العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا، والعقد معاوضة، ومن قضيتها المساواة، فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر، وإذا استوفى المنفعة يثبت الملك في الأجر لتحقيق التسوية، وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل، لأن المساواة تثبت حقا له وقد أبطله » (راجع أيضا بدائع الصنائع ٤/٢٠١).

٣ ـ يعنى الشافعية، راجع ص٢٣٥ وهامشها.

٤ ـ في نسخة (ب) : «يملك».

وهذا، لأن الباء للإصاق على الحقيقة(١) ، وأنه يحتمل التأخير مجازا، فيعمل بمجازه إذا جاء الشرط، (ألا ترى أنه)(٢) إذا باع بثمن فيجب الثمن حالا ليكون مثل المبيع عوضا وجزاء، وإذا كان بشرط أجل بأجل وفارقه،

وكذلك إذا استوفى حقيقة؛ لأنه فوق شرط التعجيل، لأنه مباشر للواجب بالشرط، وإذا أبرأ عن الأجرة صح؛ لأن الإبراء تصرف في الأجر بحكم الملك، وأعطينا المنافع حكم الملك في حق جواز التصرف فيها بحكم الملك، فكذلك الأجرة، فإن سبب الوجوب هو العقد وقد وجد جملة، وإنما يصير كالمضاف في حق المنافع ضرورة عدمها، فلا يصير كالمضاف في حق الأجرة،

(فإذا لم يصر)(٣) وتحقق سببا فصح الإبراء، وإن لم يجب كالمجروح إذا عفا عن الجرح وما يحدث منه ثم مات صحت البراءة عن الدية ولم تكن وجبت،

وأما الكفالة فتصح بدين سيجب اذا أضيف إلى سبب الوجود والعقد سبب، فأما الإرتهان فهو استيفاء، والأجرة تتعجل بالاستيفاء ويصرف أيضا بحكم وجوب الدين، وله حكم الملك في حق جواز التصرف المبنى على الوجوب،

وأما النكاح على منافع (دار)(٤) شهرا للحال يجوز، وكذلك على منافع شهر لم يجيء بعد، ويجب ملك النكاح للحال، ولا ملك في الشهر المضاف إليه بعد جزء من المنافع،

١ ـ قال الخبازي في أصوله : «أما الباء فإنه للإصاق، ولهذا صحبت الأثمان لأنه تبع، وأبدا يلصق التابع بالمتبوع» (المغنى ص ٤٢٢)

(راجع أيضا فتح الغفار ٢٥/٢ ولسان العرب ٣٣٠/١٠)

٢ ـ في نسخة (أ) : «إلا أنه»

٣ ـ تكرر في نسخة (أ)

٤ ـ غير موجود في نسخة (أ)

فالجواب عنه : أن المنافع متى جعلت مهرا صار العقد نكاحا، فصارت المنافع (مهرا فتصير)(١) تبعا؛ لأن صحة النكاح لا تتعلق بالمهر بحال، ولا يتغير حكمه لأجله.

ألا ترى أنه إذا تزوجها على خمر صح، ولا يجب الخمر بحال. وكذلك عبد مستحق(٢) يجب النكاح وملكه ولا ملك في العبد.

فإذا كان لا يتغير(٣) بفوت المسمى أصلا لم يتغير (بتأخر)(٤) ملكه وكذلك لو تزوجها على أن لا مهر، يصح ويقع الملك بخلاف الإجارة. فإن المنافع فيها مبيعة، والأجرة ثمن، وكون المنافع أصلا ولأن الملك في المنفعة وإن تأخر (لم يخرج)(٥) به العقد أن يكون صحيحا معتبرا(٦) . ولو تأخر الملك في النكاح (لخرج) (٧) من أن يكون معتبرا، فلابد أن يكون معتبرا كما اعتبر في جانب المنفعة. ومتى اعتبر كان موجبا للملك ضرورة، فلذلك افترقا.

ألا ترى أن النكاح بشرط الخيار لما كان معتبرا على أصلنا أو جب الملك حالا. فلما لم يجب الملك عندكم لم يعتبر. [١٣٩٠أ]

والبيع بشرط الخيار معتبر تأخر الملك.

١ - غير موجود في نسخة (أ)

٢ - أى كذلك الحكم إذا تزوج أمرأة على عبد مستحق

٣ - أى حكم النكاح

٤ - في نسخة (ب) : «بتأخير»

٥ - في نسخة (ب) : «لم ينحرج»

٦ - راجع أيضا إلى تحفة الفقهاء ٣٤٨/٢

٧ - في نسخة (ب) : «يخرج»

وكذلك عندنا بيع مال الغير بغير إذنه معتبر بيعا(١) حتى إذا حلف لايبيع يحنث.

والنكاح بغير إذن صاحبه غير معتبر نكاحا حتى إذا حلف لايتزوج فتزوج بغير إذن المرأة لم يحنث، فأوجب اعتبار العقد في حق المنافع الاعتبار في جانب المرأة ليكون بعوض. ثم ضرورة هذا الاعتبار أوجب الملك لما ذكرنا

— * —

وعلى هذا يخرج الصرف بالأجرة(٢) التي ليست بمعجلة، فإنه باطل في قول أبي يوسف.

وقال محمد : جائز إذا لم يكن عينا(٣)، لأن الصرف بالدين لايتعلق بعينه، بل بمثل يجب بالصرف كما لو أضيف إلى ثمن عين لم يتعلق به بل يجب بالعقد مثله.

ألا ترى أنهما لو تصارفا بعد الصرف بالدين أو الشراء به أن لا دين لم يبطل الصرف. ولو تعلق بالدين بعينه لبطل؛ لأنه معدوم كما في الصلح (عن ماله بدين)(٤) ، وكما جاز في شراء دين أشير إليه ثم تبين أنه ليس)(٥) ولما كان الشراء بالدين يوجب مثله كما لو أطلق ولم يضف إلى الدين، أوجب ثمنا حالا، ثم المقاصة بالدين؛ لأن قصدهما من الشراء بالدين البراءة عن الدين لاضمان مبتدأ.

١ - راجع بيع الفضولي.

٢ - بالهبة والإبراء ونحوهما.

٣ - راجع أيضا بدائع الصنائع ٢٠٢/٤

٤ - في نسخة (أ) : «على مال بدين»

٥ - مابين القوسين غير موجود في نسخة (أ)

ولما لم يمكن من حيث التعليق بعين الدين وأمكن من حيث المقاصة (فعل تحقيقا للقصد بقدر الإمكان لاتثبت المقاصة إلا)(١) بأن تكون الأجرة معجلة، ثبت التعجيل أولا ثم الصرف به (ليجوز)(٢) ٠ كما إذا اشترى شيئا مكان الصرف بالأجرة صح، وأنه يتعجل ويصير قصاصا، حتى إذا تناقصت الإجارة لزم المشترى أداء الأجرة للحال؛ لأنه استوفاها بالمقاصة للحال٠ ولو كان القصاص من حيث تأجيل الثمن إلى حين وجوب الأجر لما وقعت البراءة للحال، ولما وجب على المؤاجر رد الأجرة بل كان يلزمه إبقاء الثمن مؤجلا بخلاف ما اذا كانت الأجرة نقرة بعينها؛ لأنها لم تملك بالعقد وبقيت ملكا لصاحبها٠ والشراء مما يتعلق بها أيضا وهي ملك صاحب السلعة فلم تصح الإضافة إليها٠

وأبو يوسف يقول : التعجيل مقتضى حكم العقد؛ لأن(٣) من حكم العقد المطلق أن لايجب البدل حالا، ثم من حكم الإضافة إلى الدين وجوب المقاصة، ومن حكمها تعجل المؤجل٠

وإذا كان كذلك صار التعجل بعد العقد؛ لأنه حكم حكمه(٤) ٠ وبدل الصرف لايصير قصاصا بدين يجب حكما بعد العقد٠

ألا ترى أنهما لو تصارفا دينارا بعشرة، وقبض الدينار، ثم وجب له على بائع الدينار عشرة لمن (قرض إتلاف أو ثمن)(٥) بيع منه لم يصر قصاصا ببدل الصرف بخلاف الثمن، فإنه يصير قصاصا بدين وجب بعد العقد، وإن كان وجب حكما٠

١ ـ مابين القوسين غير موجود في نسخة (أ)

٢ ـ في نسخة (ب) : «فيجوز»٠

٣ ـ في نسخة (أ) : «ولأن»

٤ ـ أى أن التعجل حكم حكم العقد٠ لأن حكم العقد يقتضيه

٥ ـ ما بين القوسين غير موجود في نسخة (أ)

فإن قيل : يجب أن يقدم التعجيل على وجوب البدل فيصح، وإن كان يجب حكما لوجود البدل حالا كما في قول الرجل لآخر : «اعتق عبدك عني على ألف درهم» فأعتقه، قدم الشراء على العتق ليصح. وإن وجب بلفظ العتق.

قلنا : ملك العبد محل العتق عنه، لا حكمه. ولابد من سبق المحل، فلذلك ثبت شايعا مقتضى بالأمر بالاعتاق عنه.

فأما المقاصة في مسألتنا فمقتضى وجوب البدل حالا، لا مقتضى الصرف، فلا يسبق الوجوب كما لايسبق الملك الأجر بالعتق؛ لأنه أو جب به. وإنما سبق قوله : «اعتق» إلا أنه يقول : محل القصاص ببدل الصرف دين وجب قبل وجوب بدل الصرف. والإضافة إلى دين هي التي تقتضى القصاص والبراءة على ما مر. والقبول يقتضى الوجوب حالا. والقصاص يثبت الدين المؤجل في باب الصرف حالا قبل وجوب بدل الصرف ليصلح محلا للقصاص كما (اقتضى)(١) الأمر بالعتق عنه بألف، الملك قبل العتق. والعتق يقع بقوله : «اعتقت» فثبت له الملك أولا ثم العتق.

فإن قال قائل : ولم لايجب البدل مؤجلا إذا أضيف إلى بدل مؤجل ؟

قلنا إنه إشكال على الإجماع.

ثم الجواب أن الإضافة إلى الدراهم في الذمة يقتضى مثلها كما لو أضيفت إلى غير الدراهم. والأجل ليس بوصف للدراهم. إنما الأجل تأخير المطالبة ويعمل في الأداء.

ألا ترى أن من اشترى دارا بثمن مؤجل فطلب الشفيع وأراد الأخذ للحال لم يملك إلا بثمن حال. والأجل لايثبت في حقه؛ لأنه ليس بوصف للثمن. وإنما جعل له أن يأخذ بمثل الثمن.

— * —

١ ـ ساقط في نسخة (أ)

مسـألة

[الخلاف في حكم عمل الشريك في الشركة بالأجرة]

إذا آجر نفسه لعمل في شيء هو فيه شريك لم ينعقد(١) ، ولو عمل لم يستحق أجرا٠

وكذلك إذا آجر دابته ليحمل طعاما هو فيه شريك٠(٢)

وقال الشافعي : يصح(٣) ؛ لأنها تصح للعمل فيما لاشركة له فيه، فكذلك فيما له فيه شركة كما لو آجر بيته من رجل لوضع طعام فيه مشترك وسلم البيت إلى المستأجر٠ ولا فرق بينه وبين مسألة إكراء الدابة للحمل إلى موضع كذا٠ فإن الأجر كما يجب بالتسليم من غير وضع الطعام، فكذلك الأجر يجب بتسليم الدابة إلى ذلك(٤) من غير حمل على الدابة، كما إذا آجر دابته للركوب الى موضع فسار مع الدابة إليه ولم يركب٠

ولعلمائنا : أن الجزء الشائع الذي يحمله حكم العقد لايقبله، فتلغوا الإضافة إليه كما إذا أضاف النكاح الى المحرمات ؛ لأنهن لايقبلن حكم العقد٠

وكذلك البيع إذا أضيف الى حر لغا ؛ لأنه لايقبل حكمه من ملك المال٠ [٣٩٠ب]

١ ـ مثل في بدائع الصنائع (١٩٠/٤) لذلك فقال : «نحو ما إذا كان بين اثنين طعام فاستأجر أحدهما صاحبه على أن يحمل نصيبه إلى مكان معلوم٠ والطعام غير مقسوم٠ فحمل الطعام كله، أو استأجر غلام صاحبه أو دابة صاحبه على ذلك٠»

٢ ـ يرجع للمسألة أيضا الهداية ٥٦/٨ والعناية ٥٦/٨ وما بعدها، والبحر الرائق ٢٥/٨)

٣ ـ روضة الطالبين ١٧٧/٥ وقيل في الشافعية : إنه لايصح٠ قال النووي رحمه الله بعد أن ذكر هذا القول : «نقله الإمام الغزالي عن الأصحاب ؛ لأن عمل الأجير ينبغي أن يقع في خاص ملك المستأجر٠ وهو ضعيف٠»

٤ ـ أي إلى ذلك الموضع٠

وإنما قلنا : «الجزء الشائع لايقبل حكم هذا العقد؛ لأن حكم ملك العمل الذي سماه من الحمل والطحن والخياطة ونحوها فيما سماه من المال، والجزء الشائع لايقبل العمل المسمى؛ لأنه لايتصور حلوله في جزء شائع، (وكذلك ثبوته حكما كحل الوطء لما لم يتصور فعله في جزء مشاع)(١) (فكذلك)(٢) ثبوته حكما لايتصور،

والشبهة عليه : أن حكم النكاح لايثبت إلا في العين، فلذلك اعتبرت العين محلا لقبوله، وحكم الإجارة ملك العمل المسمى في ذمة الأجير، وإنها قابلة،والعين بعد ذلك تغيير لتسليم العمل الواجب فيصح وإن لم (يمكن)(٣) التسليم إلا بجزء آخر لم يدخل تحت العقد، فإن الإجارة تصح، ولا يمكن تسليم المنفعة إلا بتسليم العين التي لم تدخل تحت العقد،

والوجه المعتمد أن المملوك بالعقد الذي يقابله (الأجر)(٤) جعل الثوب مخيطا والحنطة دقيقا والعين محمولا إلى ذلك الموضع لا الخياطة(٥) المسماة في الذمة،

ألا ترى أن الأجر لايجب مالم يثبت الوصف ويبطل إذا نقص الوصف فيما يحتمل بعضه كالخياطة،

١ ـ مابين القوسين ساقط في نسخة (أ)

٢ ـ في نسخة (ب) : «فكذا لا»

٣ ـ في نسخة (ب): «يكن»

٤ ـ في نسخة (ب) : «الأجير»

٥ ـ كذلك لا الطحن ولا الحمل

(وكذلك العامل يحبس العين بالأجر إذا كان الوصف قائما كالخياطة)(١) والصباغة.ولأن المقصود من العمل ما يحدث به لا عينه فصار المطلوب بالعقد ما يحدث به، وصار ذكر العمل تبعا كما قالوا في الإستصباغ : إن المقصود به العين المصبوغ، والثمن يقابله، والصباغة ذكرت تبعا لتحصيله،

ولأنه كذلك سماه فقال : «استأجرتك لتخيط ثوبي قميصا» وإذا كان كذلك صار محل الحكم العين التي أضيف إليها قابلة لحكمها بنفسها، فلا ينعقد مالم يكن المعقود عليه بنفسه قابلا لحكمه على ما بينا في رهن المشاع(٢) ،

فالخصم اعتبر الظاهر وجعل المستحق بالعقد ما سمى من العمل في الذمة(٣) ،

ونحن اعتبرنا الحقيقة (فجعلنا المستحق بالعقد العمل الذي محل الثوب، وإنه الحقيقة)(٤) ؛ لأن المسمى لا فائدة بنفسه، وإنما الفائدة في المؤدى به، ولا يتصور إلا بأن يصير الثوب مخيطا أو مصبوغا،

١ ـ مابين القوسين ساقط في نسخة (أ)

٢ ـ راجع كتاب الرهن ـ مسألة رهن المشاع (لوحة ٥٩٧ ب من نسخة سراى أحمد الثالث)

٣ ـ إن الشافعية قالوا : بأن الإجارة واردة على الذمة إن كانت على عمل موصوف أو بإلزام الذمة على عمل موصوف وذلك كمن استأجر دابة موصوفة للركوب أو الحمل، أو كمن قال : «ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب، أو بناء الحائط» فقبل،

وأما من استأجر دابة بعينها ليركبها أو يحمل عليها أو شخصا لخياطة ثوب أو بناء حائط فالإجارة واردة على عين كإجارة عقار،

ولذا قسموا الإجارة على قسمين : الأول : الإجارة الواردة على العين كإجارة العقار ودابة وشخص معينين،

والثاني : الإجارة الواردة على الذمة كإجارة دابة موصوفة لحمل مثلا وبأن يلزم ذمة شخص عملا ويقبل الآخر كما سبق، (وللمزيد من المعرفة راجع روضة الطالبين ١٧٣/٥-١٧٤ ومغنى المحتاج ٣٣٣/٢)

٤ ـ مابين القوسين ساقط في نسخة (أ)،

ولأن المؤدى من العمل إما أن يكون عين المملوك بالعقد أو مثله، ولا جائز أن يكون مثله بدليل : أن الأجير يبرء به عن الواجب، وما يبرء من طريق المقاصة كما في الأثمان؛ لأن المنافع لا تضمن بالمنافع بالإجماع.

فثبت أنه يبرأ؛ لأنه أدى عين الواجب كما في السلم إذا قبض(١) يصير المقبوض عين المبيع، لا مثله على ما عرف.

فإن قيل : (قولنا «مخيط» صفة للثوب، فيكون يقابل الأجر، والأوصاف أتباع لا تقوم بنفسه.

قلنا :)(٢) إنه وصف يحصل قصدا من جهة العامل. فلما أمكن تحصيله وتسليمه إلى الثوب صح العقد عليه، وإنه بمنزلة النكاح يرد على المرأة لتمليك وصف منها للرجل. وهي أن يصير حلال التمتع بها بملك لم يثبت في أجزائها ولا منافعها. ولم يظهر إلا في حق هذا الوصف. ولكن لما صح اثباته شرعا صح العقد عليها وإيجاب البدل بإزائها.

وهذا بخلاف ما إذا آجر بيتا ليضع فيه طعاما مشتركا؛ لأن الأجرة ههنا تقابل منافع الإيواء في البيت. وهي قابلة لذلك.

فاما أن يكون طعاما للمستأجر فليس بشرط، فإن الأجر يجب قبل الإيواء بالتسليم وبوضع طعام آخر غير الذي سماه.

فدل أنه لا اتصال للمنافع التي يقابلها الأجر بالطعام ، وبأن يصير مؤدى.

فأما في مسألة الحمل، فمتى حمل الأجير طعاما آخر لم يجب شيء، فعلم أن الإجارة لم تقع على منافع الدابة مستوفى للحمل مطلقا، بل على أن يصير الطعام محمولا إلى ذلك المكان.

فلما لم يجب الأجر إلا باتصال صفة الحمل بالطعام علم أن الأجر إنما يقابل صيرورته محمولا. والجزء الشائع لايقبل هذا الوصف كالخياطة سواء.

ولما ثبت أن العقد لاينعقد لعدم محله لم يجب به الأجر وإن استوفى، كما لا يجب بيع الحر ضمان العقد.

— * —

١ ـ أى إذا قبض المشترى المسلم فيه

٢ ـ مابين القوسين ساقط في نسخة (أ)

مسـألة

[الخلاف في حكم إجارة المشاع]

إجارة المشاع(١) فاسدة عند أبي حنيفة، حتى إذا سكنها المستأجر لزمه أجر المثل.

وقال صاحباه : جائزة(٢) ؛ لأن الإجارة بيع المنفعة، فلا يبطل بالشيوع قياسا على بيع جزء من العين الشائع.

ولأنه لو آجر من رجلين صح، وكل واحد لايملك إلا النصف شائعا. ولو مات أحدهما بقى نصيب الحي صحيحا في النصف شائعا.

والأصل في باب الإجارة أن ما قارن (فاسدا فسد)(٣) . كذلك إذا طرىء، لأنها تتجدد كل ساعة على ما مر. فيصير الطارىء مقارنا في المعنى.

ألا ترى أن انهدام البناء (طارىء)(٤) ، والعيب مفسد كالمقارن.

وكذلك إذا نزلت الإرث. وكذلك إذا آجر النصف من الشريك صح. ولو كان الشيوع مفسدا لكان الشريك وغيره سواء كما في الرهن والهبة.

١ ـ المُشَاع : هو ما يحتوى على حصص شائعة

والحصة الشائعة : هي السهم السارى إلى كل جزء من أجزاء

(مجلة الأحكام العدلية ـ المادة : ١٣٨ـ١٣٩)

قال في لسان العرب (١٩١/٨) : «يقال : نصيب فلان شائع في جميع هذه الدار ومشاع فيها : أي ليس بمقسوم ولا معزول

قال الأزهري : إذا كان في جميع الدار فانفصل كل جزء منه بكل جزء منها»

(يرجع أيضا إلى الصحاح ١٢٤٠/٣)

٢ ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ١٨٠/٤، ١٨٧ والعناية ٤١/٨ وتكملة البحر الرائق ٢١/٨)

٣ ـ في نسخة (أ) : «فاسد افسد»

٤ ـ في نسخة (أ) و (ب) : «طارئا»

ولأبي حنيفة : أن الجزء الشائع غير ممكن الإنتفاع به وحده، فلا يصح إجارته قياسا على إجارة العبد الآبق والدابة المغصوبة،

وهذا؛ لأنه بيع وبيع ما لايمكن تسليمه فاسد،

وإنما قلنا : «لايمكن الإنتفاع به وحده» لأن السكنى لايتصور في جزء شائع، وإنما يحل جزءا عينا،

وكذلك سائر الإنتفاعات من المنتفع إلا أنه إذا سكن لزمه أجر المثل؛ لأن للجزء الشائع منفعة، والفساد للعجز عن التسليم، فلا يمنع الإنعقاد، كما إذا باع عبدا آبقا بألف درهم، فإن العقد ينعقد على الفساد(١) حق اذا قبض الألف ملكها [٣٩١أ] بحكم العقد الفاسد مضمونا بمثلها بخلاف بيع نصف الدار؛ لأن تسليم النصف ممكن بالتخلية به من غير تعدى حكم قبضه إلى النصف الآخر حتى يصير النصف المشترى في حكم قبضه، وبرئ البائع عن ضمان التسليم، ولا يصير النصف في حكم قبضه، حتى لا يضمن للآخر شيئا، وإن كانت التخلية بغير إذن (الآخر)(٢)

وأما المنفعة نفسها، فلا يمكن قبضها إلا بالإستيفاء ولا يتصور شائعا، والتخلى في باب الإجارة ليس بقبض للمنفعة لكن عجز المؤاجر عن أبلغ من هذا(٣) يقام مقام القبض،

وإذا كان كذلك كان الأمر مبنيا على الحقيقة لا على المجوز منه بسبب العجز،

١ - راجع أيضا الكفاية ٤٤/٨

٢ - في نسخة (أ) : «الآجر»

٣ - أي من التخلى

ولايلزم إذا آجر من رجلين(١) ؛ لأن العقد منه ورد على جملة الدار، ولا شيوع فيها، إنما ثبت في حق ما بينهما بتفرق الملكين بينهما، والعجز لو ثبت لثبت بذلك الشيوع، وإنها ترتفع بالقسمة مكانا أو زمانا، فلم يتحقق العجز،

وكذلك اذا مات أحدهما وعاد الملك الى المؤاجر، أمكن الإنتفاع بالقسمة وإن تفرق (الملكان)(٢)

فأما في مسألتنا هذه فالمحتاج إليه إثبات الملك للمستأجر في نصف شائع أولا حتى تمكن القسمة بعد (ذلك)(٣) ، والنصف الشائع الذي دخل تحت عقد المؤاجر وايجابه مما لايمكن الإنتفاع به وحده إلا بعد القسمة لاتجب إلا بعد الملك، والملك لايجب إلا بعد الصحة، ولا صحة إلا بعد التمكن من الإنتفاع بما آجره،

دل عليه : أن العقد ورد جملة في إجارة الدار من رجلين، فلو بطل لبطل بشيوع يثبت في حق المستأجرين وعجز عن الإستيفاء، من قبلهما، فلم يثبت؛لأنه يرتفع بالقسمة فتفرق ملكيهما كما أوجب الشيوع أوجب القسمة، وبالشيوع يثبت العجز وبالقسمة يرتفع، فلم يثبت العجز لما (قارنه)(٤) ما يرفعه،

وفي مسألتنا هذه : العقد بعينه ورد على شائع لا يمكن الإنتفاع به، وفيه عجز من قبل المؤاجر عن تسليم المنفعة ، وإنما يرتفع بقسمة تثبت مع المستأجر وذلك تثبت بناء على ثبوت ملكه في الشائع، وإنما (ثبت بقبول)(٥) بعد ايجابه،

١ ـ أي رجلين شريكين،

٢ ـ المكتوب : «الملكين»

٣ ـ في نسخة (أ) : «بذلك»

٤ ـ في نسخة (ب) : «قارن»

٥ ـ في نسخة (أ) : «ثبت بقبوله»

لو ثبت فلم يمنع تحقق العجز على المؤاجر فيفسد إيجابه،

وبخلاف ما اذا آجر نصف الدار من شريكه؛ لأن الشيوع في ملك المنفعة يرتفع بصحة الإيجاب فلا يبقى العجز المفسد؛ لأن التسليم يجب بالعقد، والعجز عنه(١) هو المفسد،

فإذا كان سبب العجز يرتفع بنفس العقد، وهو الشيوع كان المانع من ثبوته مقارنا حال ثبوته، فلايثبت،

وفي مسألتنا هذه : العجز بنفس الشيوع لا يرتفع بنفس ثبوت الملك له لو ثبت، ولكن بحكم الملك وهو وجوب القسمة فكان الرافع بعده بساعة فلم يمنع تحقيقه، وليست الإجارة كالهبة؛ لأن سبب الفساد فيها(٢) بالشيوع انعدام تمام القبض الذي أنزل منزلة القبول في تعلق الملك به وإنما يعتد بعد التمام فيما وهب لا فيمالم يوجب، والشيوع إنما ارتفع لما لم يوهب بأن يصير الكل له لا بما (وهب)(٣) فيبقى القبض ناقصا فيما وهب فلم يعمل عمل التمام،

وكذلك اذا وهب لرجلين وسلم إليهما لم يصح على مذهب أبي حنيفة؛ لأن القبض أو التسليم لايتم إلا بجانب الموهوب له فيمكن الشيوع في (حقهما)(٤) بمنع التمام منهما أو إليهما، فبقيت العلة قاصرة،

١ ـ أي عن التسليم

٢ ـ أى في الهبة

٣ ـ تكرر في نسخة (ب)

٤ ـ في نسخة (ب) : «حقها»

فأما فيما نحن فيه، فبيع، والملك يقع بنفس العقد لا بالقبض كما في بيع العين، ولكن القدرة على التسليم شرط حين العقد لصحة، والعجز كان بسبب الشيوع، فمتى صار بحيث يرتفع الشيوع حين وجوب التسليم بسبب يقارن الوجوب لم يتعتبر ذلك العجز؛ لأن العجز قبل الوجود غير مفسد لاشك فيه، وحين الوجوب قارنه ما يرفعه فلا يبقى ثابتا حينئذ فيصير كالقارن للحال،

فكلام أبي حنيفة - رحمه الله - أدق، وكلا مهما أظهر؛ لأن أصل المنفعة قائمة مع الشيوع حين انعقد العقد، ووجب بالاستيفاء أجر المثل، ولو كانت فائتة أصلا لما انعقد أصلا، كالإجارة على منافع الرضيع، والتسليم ممكن بالتخلية، والإنتفاع ممكن بالقسمة،

— * —

مسـألة

[الخلاف في حكم حبس العين بالأجرة]

الأجير إذا فرغ من العمل وله أثر في العين كالخياط والإسكاف(١) كان له أن يحبس العين بالأجرة(٢) عند علمائنا الثلاثة(٣) .

وقال زفر : ليس له ذلك (٤) ؛ لأن يده في العين يد مالكه؛ لأنه أمين بمنزلة المودع. واذا صار بمنزلة يد المالك وقع العمل مسلما فلم يقدر على الحبس كما لو خاط وهو في بيت صاحب الثوب أو باع شيئا من الغاصب.

ولنا : أنه بائع عمله جملة، فله أن يحبسه بثمنه ما أمكنه قياسا على بائع العين.

وأما قوله(٥) : « إنه بطل بالتسليم» فليس بقوى ؛ لأن يده في الثوب يد الآمر حفظا عليه، ولكنها يد نفسه عملا فيه؛ لأن العقد ورد على العمل. وهو معدوم. فكان التحصيل ليتم العقد عليه على البائع؛ لأنه مالم يكن فهو غير خارج عن ملكه.

١ ـ الإسكاف : هو عند العرب كل صانع، وخص بعضهم به : النجار.
والجمع : الأساكفة. والمصدر السِّكَافَة.
قال في المصباح (٢٨٢/١) : « الإسكاف : الخراز»
والخراز : هو صانع خياطة الأدم . يقال : خَرَزْت الجلد خَرْزًا. وهو كالخياطة في الثوب، وذلك هو المراد هنا. والله أعلم.
(راجع لسان العرب ١٥٧/٩، ٣٤٤/٥ والمصباح المنير ٢٨٢/١، ١٦٦/١)

٢ ـ أى لاستيفائها

٣ ـ يعنى أبا حنيفة وأبا يوسف ومحمد بن الحسن - رحمهم الله.

٤ ـ يرجع للمسألة بدائع الصنائع ٢٠٤/٤ والعناية ٢٠/٨-٢١

٥ - أى قول زفر رحمه الله

ولما كان عاملا لنفسه كان اثبات اليد عليه لنفسه فلا يصير نائبا عن غيره، وكان كيد المستعير، فالعارية أمانة عنده ويده يد نفسه؛ لأنه يستوفى المنفعة لنفسه،وإذا كان اليد له لم يقع العمل مسلما باليد المؤاجر بخلاف ما لوكان في بيت صاحب الثوب؛ لأن البيت في يد صاحبه، [٣٩١ب]

فكذلك ما فيه إلا مالا يثبت عليه الأيدى فيصير مسلما للعمل لا بيده على الثوب، ولكن بيد صاحب البيت (على ما في بيته، ويده حال العمل لا تمنع ظهورية صاحب البيت)(١) بعد الفراغ؛ لأنا أثبتنا اليد للعامل ضرورة عمله لابيد أثبتها لنفسه على الثوب، فيظهر حكم اليد في حق العمل بقدر الضرورة؛ فلا يقع مسلما،

فأما أن يظهر في حق المنع عن الحصول في يد صاحب الثوب بثبوت يده على البيت وما فيه فلا،

فإن قيل : كذلك لايمنع ظهور حكم اليد على الثوب،

قلنا : يد الحفظ ما ثبت مقصودة فإنه لم يقل له : احفظه وإنه سلم إليه ليخيطه، فأما أن يظهر في حق العمل فلا، أو إن ظهر يصير كبائع قبضت منه السلعة بغير رضاه؛ لأنه ليس في وسعه الاحتراز عن هذا، وكان بمنزلة الوكيل بالشراء إذا قبض، ونقد الثمن كان له أن يحبس السلعة عن الموكل بالثمن، وإن وقع مسلما بيد الوكالة؛ لأنه (بحق القبض)(٢) قابض لنفسه؛ لأنه حق عقد ملكه لا على سبيل النيابة، ويده فى المقبول يد مالكه كما يقبض يصير مسلما بيده على العين، ولا يمكنه الاحتراز عنه فصار بمنزلة بائع قبضت منه السلعة بغير رضاه عندنا،

١ - مابين القوسين ساقط في نسخة (أ)

٢ - غير موجود في نسخة (أ)

و (عند)(١) زفر بخلافه فيه.

فكذلك هنا بخلاف العامل في بيت صاحبه، لأنه يمكن الاحتراز عن يد صاحب البيت بأن يعمل في بيت نفسه. فأما في يد نفسه في الثوب فلا.

ومثال هذا مثال رب السلم إذا دفع غرائر(٢) له الى السلم إليه ليكيل فيها السلم له، فكال، لم يصر مسلما؛ لأنه بالكيل يعين المعقود عليه؛ لأنه لا يتعين إلا بالتسليم الى صاحبه. وذلك العين هو المعقود عليه حكما. فلما كان بالتعيين محصلا للمعقود عليه كان عاملا لنفسه. ولم يكن نائبا عن الآمر. فلم يصر الكيل تسليما لما لم يكن نائبا عنه. كما لو كان بغير أمره. فالغرائر لاتدلها بنفسها، وهو في يد المأمور لتحصيل المعقود عليه لم يكن يد نيابة، بل كان يد نفسه فلم يثبت التسليم.

فكذلك في مسألتنا هذه ما ينبغي أن يثبت التسليم بنفس العمل بيده على الثوب بأمر صاحبه بخلاف ما إذا اشترى حنطة بعينها، ودفع إليه غرائره ليكيل فيها، فإنه يكون تسليما، لأن يده في الغرائر يد نيابة ؛ لأنه قبضها بأمره ليعمل هو للآمر. وهو نقل حنطة ملكها الآمر إلى تلك الغرائر. وإذا كان كذلك صار بمنزلة ما لو كانت الغرائر في يد الآمر.

١ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ ـ الغرائر : جمع الغرارة وهي : الجوالق.

(لسان العرب ـ ١٨/٥)

ولا يشكل هذا بالقصار(١) ؛ فإنه لايحبس الثوب بالأجر؛ لأن العمل انقضى ولم يبق في الثوب منه شيء،فإن البياض الذي في الثوب هو البياض الأصلي الذي للقطن، وإنما زال بعمله الذي غير لونه من الوسخ والدرن، والبياض حصل بعمل الشمس لابعمل القصارة، فأما الخياط والخراز ركب وصفا،

والوصف لم يكن قبل عمله، فكان ذلك في الحقيقة من خياطته،

وما حصل للمستأجر إلا بما أعطى من الأجر فكان له حبسه؛ لأنه وصف قائم متقوم بنفسه،

— * —

١ ـ القصّار : هو المحوّر للثياب؛ لأنه يغسلها ويدقها بالقصرة التي هي القطعة من الخشب، يقال : قَصَرْت الثوب قَصْرًا وقِصَارة وقَصَّرته : أي حَوَّرْته ودققته وبيضته، (لسان العرب ١٠٤/٥ والمصباح المنير ٥٠٥/٢)

مسـألة

[الخلاف في حكم تلف العين بعمل الأجير المشترك]

الأجير المشترك(١) إذا دق دق مثله فتخرق الثوب منه ضمن عندنا ،

وقال زفر والشافعي : لايضمن

وكذلك الحمال إذا عثر فسقط وفسد الحمل لم يضمن عندهما وعندنا يضمن(٢) ،

١ - الأجراء على نوعين : الأجير الخاص والأجير المشترك

والأجير الخاص : هو الذي استؤجر على أن يعمل للمستأجر فقط، كالخادم مشاهرة،

وأما الأجير المشترك : فهو الذي لم يقيد بشرط عدم العمل لغير المستأجر بل يتقبل الأعمال من غير واحد كالخياط والصباغ والقصار،

قال في الكفاية (٦١/٨-٦٢) إشارة الى الفرق بين الأجير المشترك والأجير الخاص : «الأجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل هو معلوم ببيان محله؛ لأن المعقود عليه في حقه الوصف الذي يحدث في العين بعمله، فلا يحتاج إلى ذكر المدة كالقصار، والصباغ والإسكاف وكل من يتقبل الأعمال من غير واحد،

وإنما افترق الأجير المشترك مع الخاص في أن الأجير المشترك لايمنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره؛ لأن ما استحقه الأول من العمل في الأجير المشترك بمنزلة الدين في ذمته، وذلك لايصلح مانعا مثله من غيره،

والأجير الخاص من يكون العقد واردا على منافعه، ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة والمسافة، ومنافعه في حكم العين، فإذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لم يتمكن من إيجابها لغيره، وهو نظير السلم مع بيع العين فإن المسلم فيه لما كان دينا في الذمة لايتعذر عليه قبول السلم من غيره،

والبيع كان يلاقي العين، فبعد ما باعه من إنسان لايتمكن من بيعه لغيره»

(يرجع العناية ٦١/٨ وما بعدها والكفاية ٦١/٨-٦٢ وتكملة البحر الرائق ٢٦/٨ واللباب في شرح الكتاب ٩٣/٢-٩٤ وشرح المجلة ص ٢٣٦/٦-٢٣٧)

٢ - يرجع للمسألة عند الحنفية الهداية ٦٣/٨ وتكملة البحر الرائق ٢٧/٨ والمبسوط ٩/١٦ وما بعدها،

وعند الشافعية إلى الأم ٣٧/٤-٣٨، والمهذب ٤١٥/٥ وروضة الطالبين ٢٢٦/٥، ٢٢٨، ومغنى المحتاج ٣٥٣/٢

ويستوى الجواب فيما إذا عمل في بيت صاحب الثوب أو بيت نفسه.

وجه قولهما ظاهر، وهو أنه مأذون بالدق مطلقا فما تولد منه وجب أن لايكون مضمونا عليه، كالبزاغ(١) والختان والفصاد(٢) والحجام إذا مات المفعول به من ذلك، وكان فعل مثل ما يكون في العادة(٣) وأجير الوحد(٤) والمعين وأجير القصار(٥) .

وإنما قلنا : «مأذون بدق مطلق »؛لأنه استأجره ليدق هذا الثوب كما في أجير الوحد والمعين، فإن الأمر واحد في الأحوال (كلها كما في البزاغ)(٦) ، والتقييد بشرط السلامة عن الفساد لايثبت إلا بدليل زائد.

ولا معنى لقولكم : «إن المراد به دق يصلحه لايفسده ؛» فإنه يبطل بالمعين وأجير القصار، وذلك لأن المطلوب بالأمر دق وضع للصلاح، وذلك معلوم بحده كالختان، فإذا أرسل المدقة على ذلك الحد في موضع هو له فقد أتى بالمطلوب منه، فأما صلاح الثوب بعده تخرقة فليس في وسع العامل، ولا هو من عمله.

١ - البَزّاغ : البيطار - أي طبيب الحيوان، مأخوذ من البَزْغ وهو الشَّقّ. (لسان العرب ٤١٨/٨ والمصباح المنير ٤٨/١)

٢ - سبق تعريف الفصد والقصار في ١/ ٢٤٤، ٢/ ٢٧٨

٣ - يرجع أيضاً إلى معين الحكام للطرابلس ص٢٠٣ ولسان الحكام لابن الشحنة ص٢٩٢

٤ - أى أجير الوحد إنه لايضمن ما هلك من عمله إذا لم يتعمد الفساد؛ لأنه لايقبض المال لنفسه عادة إنما هو سلم نفسه لمن استأجره مدة معلومة، ولذا يستحق الأجرة بالوقت دون العمل. (معين الحكام ص ٢٠٠)

٥ - أجير القصار وسائر الصناع تعتبر أجراء خاصة وحكم كل واحد منهم في الضمان كحكم أجير الوحد، قال في معين الحكام (ص٢٠٠) : «تلميذ القصار وسائر الصناع وأجرائهم لاضمان عليهم إلا فيما تعدوا فيه، لأنهم أجير الوحد، وأجير الوحد لايضمن بصنعه إلا بصنعة التعدى.»

٦ - غير موجود في نسخة (أ)

فلا يشترط عليه ذلك، وإنما يشترط نفس العمل فيعتبر العمل بقدر الوسع، وما زاد عليه لايعتبر.

وهذا كالمجتهد في باب الدين، فإنه يكون مأجورا عند الله إذا أجتهد في محله بطريقه (أصاب)(١) الحق أو أخطأ؛ لأن عليه النظر للإصابة، فأما الإصابة بعد ذلك فليست في وسعه.

ولهذا قال أبو يوسف ومحمد : فمن له على آخر قصاص في اليد فقطع فمات منه لم يضمن شيئا؛ لأن الله تعالى جعل ملكه قطع يده بيده، والقطع له حد معلوم، فإذا أتى به صار ممتثلا بالأمر، ثم السراية بعد ذلك وعدمها فليس بمأخوذ عليه، بل في الحالين جميعا يصير فاعلا ما أمر، وجعل له استيفاؤه فلا يكون مضمونا عليه بشيء آخر كابتدائه، فيصير عليه.

وعلى هذا إذا استأجر دابة ليركبها فكبحها بلجامه(٢) أو سيرها بوسطه على ما يكون في العرف تسييرا فماتت منه لم يضمن عندنا(٣) ؛ لأن ذلك القدر مأذون فيه بدلالة العرف وبموجب العقد، لأن العمل لايكون إلا بتسيير . فالتسيير جرى مجرى قبض العمل الذي ملكه بالعقد، فكان له ذلك فلا يضمن ما تولد منه كما لو ضرب بإذن صاحب الدابة / بالضرب مطلقا. [٣٩٢أ]

وكذلك الأب اذا ضرب ابنه أو الوصى ضرب تأديب فمات منه لم يضمن

١ ـ تكرر في نسخة (ب)

٢ ـ كَبَحَ الدابة باللجام كَبْحًا : أي جذبها إليه به.

قال في اللسان (٥٦٨/٢) : «كَبَحْت الدابة : إذا جذبت رأسها إليك وأنت راكب منعتها من الجماح وسرعة السير.»

يرجع إلى الصحاح ٣٩٨/١، ولسان العرب ٥٦٨/٢ والمصباح المنير ٥٢٣/٢)

٣ ـ (راجع أيضا الهداية ٢٩/٨ وبدائع الصنائع ٢١٣/٤)

عندنا خلافا لأبي حنيفة(١) والشافعي(٢) ؛ لأن الشرع أذن له في ذلك كما أمر الشرع الإمام بجلد الزاني وقطع السارق مؤلما لا قاتلا ولا جارحا، ومع ذلك إذا فعل فمات من ذلك لم يضمن الإمام إذا أتى به على حده؛ لأن السلامة بعد التألم بعد الإيقاع على حده ليس في وسعه، فلم يشترط عليه(٣)

وأبو يوسف ومحمد معنا في هذه المسائل،

وعلى هذا من جلس في المسجد لانتظار الصلاة فعثر به إنسان فمات لم يضمن؛ لأن الجلوس في المسجد لانتظار الصلاة سنة أمرنا بها(٤) فلم يقيد بشرط

١ - راجع أيضا المبسوط ١٣/١٦ ومعين الحكام ص ٢٠٤

٢ - روضة الطالبين ٢٣٢/٥ ومغنى المحتاج ٣٥٣/٢ وعلل الشافعية ما ذهبوا إليه بأنه يمكن التأديب بغير الضرب،

٣ - راجع أيضا اللباب في شرح الكتاب ٢٠٠/٢ وبدائع الصنائع ١٦/٧

٤ - ورد في حديث متفق عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : « الملائكة تصلي على أحدكم مادام في مصلاه مالم يحدث : اللهم اغفر له! اللهم ارحمه! لايزال أحدكم في صلاة مادامت الصلاة تحبسه، لايمنعه أن ينقلب إلى أهله الا الصلاة»
والحديث عند البخاري في الأذان باب من جلس في المسجد ينتظر الصلاة وفضل المساجد (٣٤٩/٤) وعند مسلم - في المساجد/ باب فضل صلاة الجماعة وانتظار الصلاة ٤٥٩/١ واللفظ للبخاري رحمه الله،
وأخرج ابن ماجه - في كتاب المساجد والجماعات / باب لزوم المساجد وانتظار الصلاة (٢٦٢/١) عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : «ما توطن رجل مسلم المساجد للصلاة والذكر إلا تبشبش الله له كما تبشبش أهل الغائب بغائبهم إذا قدم عليهم»
قال في الزوائد : «إسناده صحيح ورجاله ثقات»
وعن عبدالله بن عمرو رضي الله عنه قال : «صلينا مع رسول الله ﷺ المغرب، فرجع من رجع وعقب من عقب، فجاء رسول الله ﷺ مسرعا، قد حفزه النفس وقد حسر عن ركبتيه، فقال :«أبشروا، هذا ربكم قد فتح بابا من أبواب السماء يباهي بكم الملائكة يقول : انظروا إلى عبادي قد قضوا فريضة وهم ينتظرون أخرى»
قال في الزوائد في إسناد الحديث : «هذا إسناد صحيح ورجاله ثقات»
وفي الباب أحاديث أخرى

السلامة، بل كان جلوسا في نفسه مباحا كالجلوس في بيته، فما تولد منه لايكون مضمونا عليه، وكما لو كان في الصلاة،

وكذلك اذا بسط حصيرا في المسجد أو علق القنديل فسقط على إنسان فأتلفه لم يضمن؛ لأن هذا العمل من جملة الحسنات، فكان مأذونا به شرعا فصار فعله كفعل المتولي، فما تولد منه لم يكن مضمونا عليه، بخلاف حفر البئر؛ لأنه متردد بين الحسنة والجناية لإخراج ذلك الموضع عن صلوحه للصلاة، فلا يتعين جهة الحسنة إلا بتولية شرعية،

فأما إذا بسط الحصير فعينه حسنة ككسر الملاهي، فإنها (لاضمان فيها ؛ لأن عينه حسبة، فإنها)(١) آلة ما أصلحت إلا للهو،

واللهو حرام بعينه، فكانت تلك الآلة في تعينها للهو بالعمل كتعين الخمر بالفساد للشدة(٢) ،

وكذلك المحرم إذا كان في يده صيد فجاء آخر وأرسله من يده فذهب الصيد، لم يضمن للمحرم شيئا ؛ لأن عينه حسنة؛ لأن الصيد بالإحرام يصير آمنا من أيدينا حتى يصير بحيث لايصلح أمانة في أيدينا بحال على ما بينا في المناسك(٣) ، فصارت يده على محل لايقبل يد معصية بعينها كالوطء في محل لايقبل، فإنه لا يأخذ حكم العقد، فكانت إزالة (تلك)(٤) اليد عنه حسنة؛ لأنه يرفع معصية بعينها، فكان مأذونا فيه، فما تولد من ذلك من هلاك الصيد يدا لم يكن مضمونا عليه،كما لو قال له

١ ـ مابين القوسين ساقط في نسخة (أ)

٢ ـ يرجع أيضا بدائع الصنائع ١٤٤/٥-١٤٥

٣ ـ راجع كتاب المناسك مسائل الصيد، (لوحة ١٢٠ب وما بعدها من نسخة سراى أحمد الثالث)

٤ ـ غير موجود في نسخة (ب)

صاحبه: «أزل يدى عن هذا الصيد فأزالها» - فذهب الصيد (فكذلك)(١) إنجاء الصيد عن يده حسنة لعينه؛ لأن الصيد استحق الأمان عن يده بإيجاب الله له ذلك.

ولهذا قلنا جميعا - إلا أبو حنيفة - في شهود الزنا إذا رجعوا بعد القضاء وقد جرحت السياط المشهود عليه : إنهم يضمنون أرش الجراحة(٢) ؛ لأنهم أوجبوا الجلد على صفة، فإذا وقع بتلك الصفة صار مضافا إليهم بالزيادة التى يتعذر الإحتراز عنها في العادة، كأن الزيادة دخلت تحت الإيجاب كما دخلت تحت الإذن فيما مضى سن المسائل، وكالإمام (نفسه)(٣) إذا جلد لم يكن عليه شيء. وإن كان الحد وجب جزاء بجنايته، وهو موصوف بأنه غير جارح، ولا قاتل.

وهذا بخلاف من رمى صيدا فأصاب مسلما ضمن وإن أبيحت له الرمية؛ لأنها أبيحت له بشرط السلامة عن التعدى إلى المسلم أو ماله؛ لأن الشرع أباح له لحقه ابتداء. فلا يبطل حقه حق مسلم آخر.

وكذلك من وقف على طريق ليصلح بين مقاتلين ضمن من عثر به ؛ لأنه أبيح له ذلك لحق المقاتلين ودفع الظلم عن المظلوم، فلا يبطل حقه حق من يساويه.

١ - في نسخة (ب) : «فلذلك»

٢ - يرجع أيضا فتح القدير لابن الهمام ٦٦/٥ والكفاية ٦٦/٥-٦٧

وذهب أبو حنيفة إلى أن الشهود لايضمنون في هذه الحالة ؛ لأن الواجب هو الجلد، وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك، فلا يقع جارحا ظاهرا إلا لمعنى في الضارب، وهو قلة هدايته وترك احتياطه فاقتصر عليه فلم يتعد إلى الشهود ولا القاضي، إلا أنه لايجب عليه الضمان - في الصحيح - كى لايمتنع الناس عن إقامة الحدود مخافة الغرامة، (راجع الهداية ٦٧/٥) ويأتى بيان ذلك.

٣ - غير موجود في نسخة (أ)

وفيما نحن فيه أبيح قطع من عليه القصاص بجنايته التي ارتكبها فلم يجب مقيدا بسلامة لحقه فهو الذي أسقط حقه.

ولأنا لو قيدنا بالسلامة أبطلنا حق المقطوعة يده في يده؛ لأنه شرط لايمكنه الوفاء به. فلم يجز أن يبطل حق المظلوم بحق الظالم بل كان إبطال حق الظالم أولى.

وكذلك في سائر المسائل ما في الإطلاق بطلان حق الغير محترم بحق هذا.

ولا معنى لقولكم في البزاغ : «إن القتل كان مضمونا عليه بسرايته، ولكن انقطع بالتسليم كالبائع يقطع يد العبد (قبل القبض)(١) ثم يقبضه المشترى». فإن حكم السراية ينقطع؛ لأن الجواب في البزاغ واحد فيما إذا كانت الدابة في يدى صاحبها أو البزاغ، ولا نسلم إذا كانت الدابة في يد البزاغ.

وكذلك القصار إذا دق في بيت صاحب الثوب فتخرق كان مضمونا عليه. والعمل يقع مسلما. ولأن التسليم متى لم يقع قصدا لكن حكما لغيره لم يقطع ضمان السراية كالبائع يقطع يد العبد قبل القبض، ثم يقطع المشترى رجله، ثم يموت من الجنايتين جميعا.

فإن ما يهلك بسراية جناية البائع يكون مضمونا عليه بالقيمة. وإن حدثت بعد القبض ولم ينفسخ العقد فيه بخلاف ما قبله؛ لأن القبض لم يثبت قصدا، ولكن حكما لقطع المشترى على ما بينا من الفرق في البيوع.

ولا معنى لقولكم : «إن العمل من أجير المشترك مضمون بالأجر كالمبيع مضمون بالثمن فما تولد منه يكون مضمونا عليه» ؛ لأن ضمان العمل مشروع والآخر(٢) سبب محظور، فلا يجوز أن يثبت بالسراية ضمان التعدى.

١ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ ـ أى التعدى

وأصل العمل مضمون بالعقد؛ لأن السراية (تبع)(١) الابتداء، فلا يخالف حكم أصله، ولا تلزم عليه مسألة قطع البائع يد العبد قبل القبض ثم المشترى يقطع رجله ثم يموت من الجنايتين، فإن القطع من البائع مضمون بالثمن، والسراية مضمونة بالقيمة؛ [٣٩٢ب] لأن ضمان القطع من البائع ضمان تعد؛ لأن قطعه لا فى ملك غيره، إلاأن قيام ضمان الثمن عليه ينفي ظهور ضمان آخر، ولأن العقد ينفسخ، فسقط ضمان التعدى بعود الملك إليه في الأصل كما سقط إذا ورث الضمان فسرى كذلك تعديا، ولا ينفسخ عليه، ولا ضمان غير التعدى، (فيظهر ضمان التعدى)(٢)

وأما علماؤنا : فإنه يحتج لهم بأن الدق الذي تخرق منه الثوب لم يدخل تحت الإذن والعقد، فيضمن به كما لو دق قبل العقد؛ لأنه حينئذ يصير تعديا،

والدليل على أنه لم يدخل تحت العقد والإذن، أن الإذن (يثبت)(٣) ضمنا للعقد، والعقد إنعقد على العمل السليم عن العيب لا (على)(٤) المعيب؛ لأنه بيع العمل، والبيع مطلقه يقتضى سلامة المبيع عن العيب، ألا ترى أنه إذا أشترى عبدا اقتضى السلامة عن العيب حتى إذا وجده معيبا رده، فلما اقتضى العمل التسليم، والمبيع عمل مسمى في الذمة لا مشار إلى محل خاص، بدليل : أن العامل متى استعان برجل فعمل استحق الأجر، ولو تناول عمله منافعه لما استحق كما في أجير الوحد،

وكذلك لو سلم إليه نفسه حتى تلفت منافعه لم يستحق الأجر ؛ لأن العقد ما

١ ـ في نسخة (ب) : «مبلغ»

٢ ـ ساقط في نسخة (ب)

٣ ـ في نسخة (ب) : «ثبت»

٤ ـ فى نسخة (ب) : «عن»

تناول عينا مشارا إليها، إنما تناول دينا في الذمة، ويوجد منه (نوعان : عمل سليم ومعيب)(١) ، والعقد مبر التسليم منهما بقى الآخر غير داخل تحته، فصار حلوله بعد العقد، وما دخل تحت العقد كحلوله قبل العقد بخلاف المبيع العين؛ لأنه عين المشار إليها، فلا ينعدم بانعدام صفة السلامة فيدخل تحته،

فأما المعلوم بالوصف فيهما يصير شيئا آخر بتغير الوصف في الجملة،

ألا ترى أن مطلق البيع بألف (لما اقتضى)(٢) الفا سليما من العيب.

قيل : إن البائع إذا قبض الألف ثم جاء يردها بعيب الزيافة، وأنكر المشترى أن يكون ذلك من دراهمه، كان القول قول البائع استحسانا؛ لأنه ينكر قبض حقه، وهو الدراهم الجياد، إلا أنه إذا يجوز بالزيف أجراه على ما معنى أنه أبرأه عن صفة الجودة، فصارت هذه عين الثمن كما إذا حط عن البائع بعض الثمن (كان الثمن)(٣) ما بقى، كأنه لم يسم في العقد، إلا ذلك بخلاف أجير الوحد، فإنه دخل تحت العقد المعيب من عمله والسليم جميعا؛ لأنه عين منافعه في الوقت وعمل بها، لا عمل موصوف في الذمة، حتى لايستحق الأجر بعمل غيره،

ألا ترى أنه إذا أسلم نفسه استحق الأجر، ولا تبقى الإجارة بعد الوقت لذهاب المنفعة،

وإذا كان كذلك دخل تحته ما في الوقت من المنفعة والعمل بها معيبا كان أو سليما كالمبيع العين يدخل تحته، وإن كان معيبا، ولما دخل تحته نوعان من العمل لم يضمن اذا دق فتخرق منه؛ لأنه مأذون به على ما قالاه،

١ ـ في نسخة (ب) : «نوعا على تسليم ومعيب»

٢ ـ في نسخة (ب) : «لما قضى»

٣ ـ ساقط في نسخة (ب)

ومن مشائخنا من ينفصل عن أجير الوحد بأنه يستحق الأجر بالتسليم(١) لا بالعمل فيبقى كالعين في حق العمل إلا أنه ضعيف؛ لأنه اذا عمل ما استحق الأجر إلا بازاء العمل فهو وأجير المشترك سواء إذا عملا، إلا أن هذا إذا لم يعمل وسلم نفسه استحق(٢) لقيام التمكين من الاستيفاء مقام الاستيفاء حكما. فأما أن يكون الأجر لا بإزاء العمل فلا(٣) .

فأما قولهما : «إنه لايمكن الاحتراز عن الخرق، فكلا. فإن الدق عمل وضع للصلاح. وهذا أصل. والخرق إنما يقع بعيب يعترض في المحل أو الثوب أو عمله كالعثرة في المشي لايكون إلا بعيب يعترض كالعيب في الأعيان. والبيع يقتضى السلامة عن العيب. وهو الأصل، وهو الأغلب. فصح إيراد العقد على ما عليه الأصل والغالب. وإن كان ربما يعجز عن التسليم إلا معيبا كما في المبيع العين. ولايكون ذلك عذرا؛ لأنه هو الذي ضيق على نفسه بأن شرط عليه بدل عمله سليما عن العيب. وبأن أوجب العمل له بعقد تجارة يتحرى به الربح دون الغبن.

ولما كان الأصل على السلامة كان ممكنا ولو ضيق على نفسه بالبيع لم يعذر بوقوع العجز عن نفى العيب على العمل على تحور السلامة، وإن كان عذرا في الجملة؛ لأنه (رفعه)(٤) بالعقد الذي باشره. وهذا كما لم يجعل خطأ الرامي عذرا في إصابة المسلم(٥) ؛ لأن الاجتهاد جعل عذرا في حق الله تعالى دون حق العباد. فلم يسقط حق العبيد بخطئه وعذره. وأبيح له الرمي بشرط السلامة.

١ ـ أي بتسليم نفسه

٢ ـ اى استحق الأجر

٣ ـ اى لايستحق الأجر بأن لايكون الأجر مقابل الأجر وأن يكون لمجرد التسليم.

٤ - في نسخة (أ) : «رفعة»

٥ - الذي تترس به الكفار.

وكذلك الذي يقف على الطريق لإماطة الأذى، يباح له ذلك بشرط السلامة؛ لأن حق الماشي والطريق لايسقط بحسبته فبقى تعديا في حقه.

وهذا بخلاف المفتى؛ لأنه واهب عمله. والهبة لاتقتضي السلامة عن العيب.

ألا ترى أنه إذا وهب عبداء فوجده الموهوب له معيبا لم يكن له خيار الرد بالعيب. فدخل تحته مطلق الدق. وهو المعيب والسليم، فصار الإذن ثابتا بحكم العقد فيهما.

وعلى هذا أجير القصار؛ لأنه (أجير وحد وقد دخل)(١) نوعا العمل تحت العقد. وانتقل إلى المشترى وهو الأستاذ. فصار كأنه عمل بنفسه فيضمن ما تخرق منه؛ لأنه غير داخل تحت العقد فيما بينه وبين رب الثوب.

وهذا بخلاف ما إذا استأجر دابة للركوب أو ثوبا للبس فهلك (أو)(٢)انتقص [٣٩٣أ] من استعماله لم يضمن؛ لأن المعقود عليه ههنا منافع الدابة والثوب لاعمل الراكب واللابس. وهو مشتر غير بائع فلا يلزمه عمل تسليم عن العيب.

وهذا بخلاف البزاغ والفصاد والختان والحجام؛ لأن العمل في هذا جرح وإفساد. والصلاح في البرء منه. وذلك بقوة الطبع لا بالعمل. وإذا لم يكن البرء حكم عمله لم يشترط عليه صفة البرء منه. ولم يكن الذي لا يقوى معيبا ليقتضى العقد بعيب التسليم منه. بل العيب كان من حيث الزيادة في قدر القطع والغلط في محله، فلا جرم إن فعل ذلك ضمن بقدر ماغلط.

١ - في نسخة (ب) : «أجير وحده قد دخل»

٢ - في نسخة (ب) ؛ «و»

وفيما نحن فيه العمل يقع مصلحا في نفسه، والفساد يقع بعيب فيه على ما بينا.

وهذا بخلاف ما إذا استأجر رجل دابة لركوبها ليركبها صبي، فسقط الصبي؛ فإنه(١) لايضمن ؛ لأن المسألة في صبي يستمسك(٢) ، فيكون في يد نفسه، والمعقود عليه منافع الدابة لاحمله، فلا يلزم تسليم حمل سليم عن عيب السقوط، بل يلزمه تسليم دابة مطيعة للحمل، وكانت الدابة كأجير الوحد.

ولهذا (٣) قال أبو حنيفة فيمن كان له على آخر قصاص في يد فقطع يده فمات : إنه يضمن الدية؛ لأن الإذن ثبت ضمنا لوجوب القطع له، والقطع ما ثبت له إلا قصاصا مثل الأول، والأول قطع، والثاني قتل؛ لأن القطع إذا اتصل به الموت صار قتلا كالأول إذا مات عنه.

والقطع نوعان :

ماسرى إلى النفس فيكون قتلا.

وما يقتصر عليه وسرى منه، فيبقى قطعا، فإيجاب الله القطع قصاصا بالأول ميز الذي يبقى قطعا في مآله من الذي يصير قتلا؛ لأنه متى صار قتلا لم يكن قصاصا مثل الأول، ولما ميز صار الذي يسرى إلى النفس غير مأذون فيه، فصار كما لو قطعه ولا قصاص له عليه.

ولكن فيه شبهة إباحة فتجب الدية.

١ - اى صاحب الدابة

٢ - أى يستمسك على الدابة

٣ - أى لوقوع العمل مصلحا في نفسه ووقوع الفساد بعيب فيه.

فإن قيل : لما لم يصح إيجاب الملك بالإجارة لهذا الشرط لم يصح إيجاب القصاص أيضا. فعلم أنه إيجاب قطع مطلق كما لو أمره آخر بقطع، وكما في البزاغ.

قلنا : إن الله تعالى أوجب القطع قصاصا لا مطلقا.

قوله : «بأن لايصح بهذا الشرط» فغلط، فقد ذكرنا : أن القطع نوعان، فتعين أحدهما عن الآخر صحيح. إلا أن الفاعل لايمكنه التسليم على أنه سليم عن السراية ما في وسعه، ذلك لما ذكرنا أن السلامة ليس من حكم عمله بل حكم قوة الطبع.

والعجز عن التسليم يبطل الإجارة. ولكن لايبطل إيجاب الحق لولي القصاص لأن التسليم ليس بشرط لثبوته.

فإن قيل : فيه عذر. والشرع لايجيء به(١)

قلنا : إن إيجاب الملك بهذا الشرط لايلزمه العمل حتى يقع في عذر العاقبة، بل يطلق له القطع، فإن شاء لم يقطع ولم يوقع نفسه في خطر العاقبة. وإن شاء تحمل الخطر واحده على تحري السلامة كما في (رمى)(٢) الصيد. فالعبد يختار فيه مافيه إلزام الشرع.

فإن قيل: إن في اعتبار شرط السلامة إخلالا بحقه؛ لأن الجاني أفات يده. وكان حقه فيها ثابتا مستقرا فيجب أن يثبت حقه في يده مستقرا، لايشرط فيه خطر.

قلنا : إن حق القطع في نفسه كان (مستقرا. وإنما أبطل بقدر ما جنى. وذلك في اليد مقصورا عليها، فلا يثبت عليه من الجزاء إلا بشرط أن يبقى حقه في نفسه مستقرا. كما كان)(٣)قبل القطع فلم يجز إهدار حقه في نفسه بلا جناية بحق المجنى

١ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ ـ مابين قوسين ساقط من نسخة (ب)

٣ ـ أي لأن القطع

عليه في يده كما لم يجز إبطال حق المجنى عليه في يده، بخلاف السراية الى النفس، وهو في القطع بشرط السلامة ليكون باب الإستيفاء مفتوحا للمجنى عليه، وباب الزيادة مسدورا على المجنى عليه، وليكون في نقصان الواجب بدلا عن الفائت، لافي الزيادة عليه فإن الزيادة حرام والنقصان حلال،

ألا ترى أنه يجوز أخذ اليد الشلاء عن الصحيحة، ولايجوز أخذ الصحيحة عن الشلاء،

وكذلك كثير من التعدى لايجب له جزاء في الدنيا وقد لايجب زيادة بخلاف ما إذا قال : «اقطع يدي» فقطع؛ لأنه لاتفصيل في الإذن،

ولأنه اسم لما بين اليد عن النفس، وقد امتثل به، وما جاء وهي الإبانة - ضربان :

* مايسرى، فيصير قتلا

* وما لايسرى، فيبقى قطعا، كما وقع لايكون قطعا وإن صار قتلا، بل يصير قتلا بقطع،

بخلاف ما إذا قطع يد السارق فمات منه،وإن كان على السارق (قطع)(١) هو جزاء السرقة، وذلك قطع غير متلف على ما يجب؛ لأن الإمام فرض عليه الإقامة، فلم يمكن التقييد بشرط السلامة؛ لأنه ليس في وسعه الاحتراز منه على ما قلنا، والله تعالى لايأمره إلا بما في وسعه،

١ - في نسخة (ب) : «قطعا»

ومثاله : رمى المسلم الكافر، وقد تترس بمسلم، فأصاب المسلم، لم يضمن خلافا للشافعي(١) ؛ لأنه فرض عليه رمي الكافر وكسر شوكتهم تترسهم بالمسلمين فأبيح الرمي مطلقا لابشرط أن لايصيب المسلم؛ لأنه ليس في وسعه الاحتراز عنه،

ولأن الإمام نائب عن الله في إقامة الحدود كالقاطع بأمر صاحب النفس، فإذا وافق في الصورة قبل السراية انتقل إلى الأمر حكما، فتكون السراية على الآمر،

وكذلك العبد نائب عن الله في نصرة دينه،

فأما ولي القصاص فيستوفى لنفسه فتكون السراية عليه، فإذا انقلب قتلا - وليس ذلك له - ضمن،

— * —

١ - راجع المهذب ٢/٢٣٥

مسـألة

[الخلاف في حكم تلف الدابة بكبح أو ضرب]

وعلى هذا مسالة المستأجر إذا كبح الدابة باللجام أو ضرب فماتت منه، فإنه [٣٩٣ب] يضمن عند أبي حنيفة؛ لأن المسألة فيها إذا لم يأذن له صاحب الدابة بذلك.

إلا أنهما يقولان : إنه ثابت دلالة الوجوب(١) ؛ لأن العمل صار له. وذلك العمل هو السير. والسير إنما يخرج من الدابة بالتسيير، فكان كالإذن بالقطع قصاصا والعبد ممكن اعتباره وإن كان فيه خطر؛ لأنه أمر له لا عليه. ولأنه بمنزلة الدق دون البزغ.

وكذلك الأب يضرب ولده فمات منه ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله(٢) ؛ لأن الشرع ما أثبت له بحق النيابة إلا تصرفا فيه مصلحة نفسه وماله. فأما الضرب فملكه بولاية نفسه تأديبا كما يستخدمه.

وكذلك تملك الأم ذلك. وإنما ملكت إصلاحا. وذلك في التأديب. غير أن الأدب قد يحصل له بالضرب، فكان من التأديب كما يضرب الدابة تأديبا فالإذن ثبت بهذه اللفظة كما ثبت القطع بلفظ القصاص إما بالكتاب(٣) أو إجماع الناس.

١ ـ يرجع للمسألة أيضا إلى المبسوط ١٣/١٦ وبدائع الصنائع ٢١٣/٤ والهداية ٢٩/٨

٢ ـ راجع أيضا المبسوط ١٣/١٦ ومعين الحكام ص ٢٠٤ وبدائع الصنائع ٣٠٥/٧

٣ ـ قال سبحانه وتعالى في الذكر الحكيم ﴿يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى. الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى...﴾ سورة البقرة- ١٧٨ وقال أيضا ﴿ولكم في القصاص حياة يآ أولى الألباب لعلكم تتقون﴾ سورة البقرة - ١٧٩ وقال أيضا ﴿ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص. فمن تصدق به فهو كفارة له ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون﴾ سورة المائدة - ٤٥

وقد أمكن اعتبارها ؛ لأنه عمل يثبت له لا عليه كالقصاص بخلاف المعلم يضرب بإذن الأب فمات، فلا يضمن على أحد(١) ؛ لأنه ضرب بأمر الأب. وقد صحح من الأب ذلك؛ لأن التلف قط لايتولد عن الأمر بالضرب، فصار الاستاذ عاملا له شرعا كالمعين، فلا يقيد الأمر بقيد السلامة. ولم ينتقل إلى الأب ما فيه العيب؛ لأن الأب إنما صح أمره بقدر ما ملك بنفسه. وهو ضرب بشرط السلامة. فصارت الزيادة هدرا كالشهود إذا شهدوا بالزنا وأقام الإمام الحد فجرح ثم رجع الشهود. ولم يضمن الشهود الجرح ولا الإمام.

وعلى هذا يخرج الجلوس في المسجد ؛ لأن المسجد ما بنى إلا للصلاة. والجلوس فيه مطلقا تعد كما في الطريق بل أشد. وإنما يصير طاعة لانتظار الصلاة كما يصير الوقوف على الطريق حسبته لإماطة الأذى أو صلح بين المتنازعين فيصير حسبة بشرط السلامة؛ لأن حق الغير لايسقط بحق الصلاة ولا بحق إماطة الأذى.(٢)

وأما إذا كان مصليا فنفس الوقوف حسبة(٣) ؛ لأنه بنى له(٤) كالمرور في

١ ـ راجع أيضا بدائع الصنائع ٣٠٥/٧

٢ ـ راجع أيضا الهداية ٢٥١/٩-٢٥٢ وتكملة البحر الرائق ٣٥٢/٨-٣٥٣

٣ ـ راجع المراجع السابقة

٤ ـ قال عز وجل : ﴿في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه يسبح له فيها بالغدو والآصال رجال لاتلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة يخافون يوما تتقلب فيه القلوب والأبصار﴾ سورة النور ٣٦-٣٧

ذهب العلماء رحمهم الله الى أن البيوت في الآية الكريمة المساجد. والمراد بالرفع : البناء والتعظيم، ويذكر اسمه : الأقوال التى يرضى الله عز وجل عنها. وأما التسبيح : فهو التنزيه والصلاة.

(الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٦٦/١٢-٢٦٧، والتفسير الكبير للرازي ٣/٢٤ وأسرار التأويل للبيضاوي ٨٢/٢.

وقال ابن عباس رضي الله عنه : «كل تسبيح في القرآن : الصلاة»

(الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٢٧٦/١٢)

الطريق. فإذا كان عينه حسبة لم يتولد منه التعدى، وإذا كان حسبة بعارض وأصله تعد بقى تعديا وراء ذلك العارض.

وكذلك بسط الحصير في المسجد وتعليق القنديل(١) ؛ لأن المسجد لله بهوائه وأرضه على الخلوص. وإنما أباح لنا الصلاة فيه وغير ذلك يباح بعارض. أما الحصير فلأنه بساط الصلاة، والقنديل للتنوير ليمكنهم الصلاة فيبقى تعتديا وراء ذلك. وثبتت الإباحة بهذا العارض بشرط السلامة كحفر البئر سواء لافرق بينهما. ولم يكن نائبا عن غيره فيما فعل فينتقل عنه فبقى عليه.

وعلى هذا كسر الملاهى(٢) ؛ لأن عينه خشب أو عين يجوز الإنتفاع به. وإنما صار للهو بالصنعة. والصنعة لم تبدل عين الخشب. فبقى مالا محترما فيما لايصلح إلا للهو. وإنما يبطل قيمته بقدر ما صلح للهو.

فلا جرم لايضمن عند أبي حنيفة آلة اللهو. ولكن آلة لعمل آخر لا للهو بخلاف الخمر؛ فإنه حرام لشدته. وذلك صفة لعينه فسقطت قيمته أصلا حتى إن غير الخمر لما حرم لإسكاره. وذلك يعدم في أصله؛ لأن القليل لايسكر تسقط قيمته(٣)

١ - لم يفرق المؤلف رحمه الله أن يكون بسط الحصير وتعليق القنديل من أهل المسجد أو من غير أهله. الظاهر أن العبارة مبنية على أن الفعل من غير أهل المسجد. لأنه إذا فعله أحد من أهل المسجد أو بإذن منه لم يضمن أيضا عند أبي حنيفة لأن التدبير فيما يتعلق بالمسجد راجع إلى أهله.

وللمزيد من المعرفة راجع الهداية وشروحها ٩/٢٥٠-٢٥١ وتكملة البحر الرائق ٨/٣٥١-٣٥٢ وبدائع الصنائع ٧/٢٧٩

٢ - راجع أيضا بدائع الصنائع ٥/١٤٤

٣ - يرجع بدائع الصنائع ٥/١٤٤-١٤٥

وكذلك إذا أرسل الصيد عن يد المحرم، وكان له من قبل الإحرام، فذهب الصيد ضمن قياسا؛ لأن الشرع لم يأذن بالإرسال، بل الأصل فيه التحريم؛ لأنه (مال)(١) وبالإحرام لم تبطل المالية ولا حرم عليه إمساك المال، وإنما حرم عليه إمساك الصيد، فكانت الحسبة في إزالة إمساك الصيد، وذلك فيما يؤمن الصيد عن يده دون مال يخرج عن يده؛ لأن يد المحرم عليه من حيث أنه ماله يد صحيحة حكما، فمن حيث أنه يبعد يده عن ماله يكون تعديا،

فإن قيل : هذا واجب عليه فكيف يقيده بهذا القيد(٢) ،

قلنا : لا نوجبه، ولكن نقول له (مر)(٣) المحرم بالإرسال، ولايمكنك أكثر من هذا فإن تطوعت الزيادة فمباح، لكن بشرط السلامة،

وعلى هذا شهود الزنا إذا رجعوا لم يضمنوا جرح السياط(٤) ؛ لأنهم ما أوجبوا الضرب المطلق، وإنما أوجبوا الحد الذي هو جزاء الجناية، وذلك جلد زاجر لا جارح ولا متلف، وإنما يقع الجرح بعارض وخرق يقع من الجلاد كالخرق الذي يقع في الدق، إلا أن هذا القيد لم يعتبر في حق الإمام ؛لأنه فرض عليه إقامة الحد من جهة الله تعالى، ويتعذر الاحتراز عن قليل الجرح، فلو شرطنا عليه الاحتراز عنه لتعذر عليه إقامته،

١ ـ في نسخة (أ) : «ماله»

٢ ـ أى قيد بالسلامة عن التعدي

٣ ـ في نسخة (ب) : «من»

٤ ـ راجع فتح القدير لابن الهمام ٥/٦٦-٦٧

والله تعالى ما جعل في الدين من حرج(١) فسقط [القيد](٢) في حقه بقدر وقوعه في الحرج، وقد جعل الله هذا عذرا في حقه، ولكن لم يسقط القيد بهذا القدر في حق الشهود؛ لأنهم لم يجعلوه عذرا له في سقوط حقهم في البراءة عن ضمان الجرح الذي لم يوجبوه على الزاني، ولأن الإمام نائب عن الله تعالى في إقامة الحد كأجير القصار عن القصار، ولما كان نائبا عن الله في الجلد لم يشترط على النائب قيد السلامة، بل مطلق الضرب المعيب وغيره يدخل تحت الأمر في حقه، وإن كان المستحق على الزاني جزاء أحدهما(٣) ولكن يتقبل إلى الشهود إلا بقدر ما أوجبوا،

وعلى هذا يقول أبو حنيفة فيمن له قصاص في الطرف فأمر آخر بالقطع فقطع فسرى: لم يكن على الوكيل ضمان، وكان على الآمر، إلا أن في مسألة الحد/ الآمر هو [٣٩٤أ] الله، والله تعالى لايلحقه ضمان ولا غيره بحق العبد فيما يفعله الله به،

والإمام ليس بنائب عن الشهود لينتقل إليهم بحق النيابة فعله، بل الرجوع بحق أنهم ألجأوا الإمام إلى ذلك، وإنما ألجأوا إلى ضرب مؤلم غير جارح فلا يجب الرجوع عليهم بما لم يدخل تحت إلجائهم،

— * —

١ - حيث قال عز وجل ﴿هو اجتباكم وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ (سورة الحج - ٧٨)

٢ - المكتوب في (أ) و (ب) : «العبد» وهو لا يتناسب مع السياق والسباق، والله أعلم،

٣ - وهو الضرب غير المعيب أي الضرب المؤلم الزاجر بدون جرح أو تلف،

مسـألة

[الخلاف في حكم ضمان رجل مات أثناء التعزير]

الإمام إذا عزر رجلا فمات لم يضمن(١) خلافا للشافعي - أنه يضمن(٢) -؛ لأنه مؤدب كالأب.

وروي أن عمر رفع إليه امرأة تدخل عليها الأجانب. فأمر بها فحملت، فخافت فاجهضت(٣) ، فشاور أصحابه

فقال عثمان : «ليس عليك شيء ؛لأنك مؤدّب»

فقال علي : «إن قال عن اجتهاد فقد أخطأ، (وإن)(٤) قال لا عن اجتهاد فقد غشك. (عليك)(٥) الدية.

فأخذ عمر بقول علي(٦) .

إلا أنا نأخذ بقول عثمان فإنه لم يرجع عن قوله. ولأنه نائب عن الله فما لواحد(٧) من الرعية. ولأنه تعزير فلا يلحقه ضمان سراية كما لو أقام حدا بخلاف الأب على مامر.

١ ـ يرجع للمسألة بدائع الصنائع ٣٠٥/٧

٢ ـ أي عند الشافعي - رحمه الله - راجع إلى الأحكام السلطانية للإمام الماوردى ص ٢٩٦ والمهذب ٢١٣/٢

٣ ـ الإجهاض : إسقاط الحمل لغير تمام
والجهيض : السقيط. (لسان العرب ١٣١/٧-١٣٢، والمصباح المنير ١١٣/١)

٤ ـ في نسخة (أ) : «فإن»

٥ ـ غير موجود في نسخة (ب)

٦ ـ الأثر :
أخرجه عبدالرزاق في مصنفه - في كتاب العقول /باب من أفزعه السلطان (٤٥٨/٩)
عن معمر عن مطر الوراق وغيره عن الحسن قال : «أرسل عمر بن الخطاب إلى امرأة مغيبة كان يدخل عليها ، فأنكر ذلك، فأرسل إليها فقيل لها : «أجيبي عمر» فقالت: «ياويلها مالها ولعمر!»
قال : فبينا هي في الطريق فزعت، فضربها الطلق، فدخلت دارا فألقت ولدها. فصاح الصبي صيحتين ثم مات.
فأستشار عمر أصحاب النبي ﷺ ، فأشار عليه بعضهم أن ليس عليك شيئ إنما أنت وال مؤدب.
قال : وصمت علي، فأقبل عليه، فقال : ما تقول ؟
قال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأ رأيهم، وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك. أرى أن ديته عليك؛ فإنك أنت أفزعتها وألقت ولدها في سببك.
قال : فأمر عليا أن يقسم عقله على قريش. يعنى يأخذ عقله من قريش : لأنه خطأ»
والأثر منقطع بين الحسن البصري وعمر رضي الله عنه (تلخيص الحبير ٤/٣٦)

٧ ـ فى نسخة (ب) : «فالواحد»

مسـألة

[الخلاف في حكم هلاك المتاع في يد الأجير المشترك]

قال أبو حنيفة : الأجير المشترك لايضمن ما هلك في يده كالمودع(١) ٠

وقال صاحباه : يضمن إلا ما هلك بسبب لايمكنه دفعه بحفظه غالبا(٢) ٠

واحتجا فيه بما روى عن علي أنه كان يضمن الخياط والقصار وغيرهما من الصناع(٣) احتياطا للناس حتى لايضيع بسبب كان يمكنه الاحتراز عنه بحفظه٠

١ ـ وهو قول زفر - رحمه الله أيضا٠ (الهداية ٦٢/٨ وبدائع الصنائع ٢١٠/٤)

٢ ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٢١٠/٤ والهداية ٦٢/٨ واللباب في شرح الكتاب ٩٣/٢، وتكملة البحر الرائق ٢٧/٨ ٠

٣ ـ أثر علي رضى الله عنه

أخرجه البيهقي في سننه - في كتاب الإجارات / باب ما جاء في تضمين الأجراء (١٢٢/٦) من طريق الشافعي أخبرنا إبراهيم بن أبي يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي رضي الله عنه «أنه كان يضمن الصباغ والصائغ٠ وقال : لا يصلح للناس إلا ذلك»

وبطريق سليمان بن بلال عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي نحوه (١٢٢/٦) وقال : فيه انقطاع بين أبي جعفر وعلي

(راجع أيضا للأثر الأم ٤٠/٤، ٣٧/٤، ٣٨)

وأخرج بطريق حماد بن سلمة عن قتادة عن خلاس : «أن عليا كان يضمن الأجير»

وأهل العلم بالحديث يضعفون أحاديث خلاس عن علي٠ (سنن البيهقي ١٢٢/٦)

وبطريق جابر الجعفي عن الشعبي قال : «كان علي يضمن الأجير» وأشار إلى أن جابر الجعفي ضعيف (سنن البيهقي ١٢٢/٦)

وأخرج ابن أبي شيبة في مصنفه ٣٠٩/٤) بطريق شريك عن هشام عن سماك عن عبيد بن الأبرص : «أن عليا ضمن نجارا»

وبطريق عبادة بن العوام عن حجاج عن حصين الحارثي عن الشعبي عن علي قال : «من أجر أجيرا فهو ضامن»

وما روى أنه كان لايضمن الأجير، فغير مفسر(١) في أي أجير، فيحمل على أجير الوحد جمعا بين الخبرين.

وعن عمر أنه كان يضمن الصباغ ما أفسدوا وما ضاع عن أيديهم.(٢)

وعن شريح(٣) أنه كان يضمن الملاح إلا الغرق والحرق(٤) . وإنه كان يقضى في بعض الصحابة ولم يرو الإنكار عليه، فدل على الإجماع ظاهرا.

١ ـ روى محمد بن الحسن في آثاره - في باب ضمان الأجير المشترك (ص:١٧٣) فقال : «أخبرنا ابو حنيفة عن بشر أو بشير (شك محمد) عن أبي جعفر محمد بن علي أن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - كان لايضمن القصار ولا الصائغ ولا الحائك»

قال محمد : وهو قول أبي حنيفة - رحمه الله تعالى :

وعند أبي شيبة رواية تؤيد رواية محمد (ارجع إلى مصنفه ٣٠٩/٤ ما جاء في رواية محمد ابن الحسن والأجراء فيها مفسر، كما هو ظاهر، والله أعلم.

٢ ـ أثر عمر - رضي الله عنه - : ذكره الشافعي رحمه الله - ونفى صحة ثبوته عند أهل الحديث كما تفى ثبوت الرواية عن علي - رضي الله عنه - فوجد أن الرواية عن عمر أضعف منها، (راجع الى الأم ٣٧/٤، ٤٠)

وروى البيهقي في سننه - في كتاب الإجارات / باب ماجاء في تضمين الأجراء (١٢٢/٦) عن الشافعي - رحمه الله -.

٣ ـ هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندى الكوفى القاضي أبو أمية، أدرك الجاهلية، واستقضاه عمر - رضي الله عنه . على الكوفة - فأقام قاضيا خمسا وسبعين سنة، لم يتعطل فيها إلا ثلاث سنين، امتنع فيها عن القضاء في فتنة عبدالله بن زبير، واستعفى الحجاج بن يوسف من القضاء فأعفاه، ولم يقض بين اثنين حتى مات.

وكان من أشهر القضاة وأعلم الناس بالقضاء والفقه في صدر الإسلام، ذا فطنة وذكاء ومعرفة وعقل وإصابة، وكان شاعرا وصاحب مزاح.

عاش على ما قال ابن قتيبة مائة وعشرين سنة

وقيل : مائة وثمان وقيل : مائة سنة، مات بالكوفة، واختلف أيضا في تاريخ وفاته : قيل : سنة سبع وثمانين للهجرة، وقيل : سنة اثنتين وثمانين، وقيل : ثمانين، وقيل : تسع وسبعين، وقيل : ثمان وسبعين.

(وفيات الأعيان ١٦٧/١-١٦٩، وشذرات الذهب ٨٥/١-٨٦ وتقريب التهذيب ص٢٦٥)

٤ ـ أثر شريح - رحمه الله -

أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٠٩/٤): قال : «حدثنا حفص عن أشعث عن أبي سيرين عن شريح : إنه كان لايضمن الملاح غرقا ولا حرقا»

وروى أن رجلا دفع ثوبا إلى صباغ ليصبغه فاحترق (بيت)(١) الصباغ فضمنه شريح، وقال : «أرأيت لو احترق بيته أكنت (تدع)(٢) له الأجر؟(٣) » فلم يجعل حريق البيت عذرا؛ لأنه يمكنه الإخراج منه لو حفظه بخلاف حريق السفينة؛ فإنه عذر ولايضمن.

والمعنى فيه : أنا لانصور المسألة في حافظ الأمتعة بأجر، فسرق منه أو ضاع، فإنه يضمن، وإن كان العين عنده أمانة لأنه بائع عمل الحفظ (فيه، فيدخل تحته التسليم عن عيب بسبب الهلاك الذي لايقع إلا بقصوره في الحفظ، ولو بالغ لايدفع؛ لأن ذلك الهلاك بسبب تقصيره، وهو عيب فيه، فلم يدخل العقد كالدق الذي تخرق منه الثوب، وإنما دخل تحته حفظ سليم عن هذا العيب، وإذا لم يدخل تحته صار بالتقصير تاركا ذلك الحفظ الذي ضمنه له بعقده ولما تركه حتى هلك الشيء بسببه ضمن، وكان الترك تعديا كالمودع إذا رأى سارقا فلم ينهه حتى سرق ضمن بخلاف غيره؛لأن المودع ضمن هذا الحفظ فصار الترك منه تعديا، إلا أنه مشرع بالحفظ فلم يلزمه الحفظ السليم عن عيب التقصير، فلا يضمن بتقصيره حتى سرق لابعلمه، بل يضمن إذا ترك الحفظ رأسا.

١ - في نسخة (ب) : «بين»

٢ - في نسخة (ب) : «تترك»

٣ - قضاء شريح رحمه الله :

أخرجه الإمام محمد - رحمه الله - في آثاره - في باب ضمان الأجير المشترك (ص١٧٤) عن أبي حنيفة عن علي بن الأقمر عن شريح.

والإمام أبو يوسف - في كتابه الآثار - في باب القضاء (ص:١٥٦) بنفس الطريق.

والإمام الشافعي - في كتابه الأم (٤٠/٤) عن ابن عيينة.

والبيهقي في سننه - في الإجارات/ باب ماجاء في تضمين الإجراء (١٢٢/٦)

وأخرج أيضا عن الأشعث بن أبي الشثاء قال : «شهدت شريحا ضمن قصارا أو صباغا»(سنن البيهقي ١٢٢/٦)

وهذا إنما ضمن الحفظ السليم عن التقصير فصار متعديا بترك ما ضمن، فأما إذا كان(١) غالبا لايمكنه دفعه وإن لم يقصر لم يضمن لعدم الخيانة منه؛لأنه لم يضمن ماليس في وسعه فصار كالمودع الذي سرقت منه الوديعة بغير علمه،

إذا ثبت هذا في الحافظ بأجر فكذلك في العامل بأجر من الخياط والقصار؛لأنا نجعل الحفظ معقودا عليه من العمل تبعا للعمل احتياطا للناس كما قاله علي،

ولأن العمل لايمكنه إلا بعد حفظ العين فهو ضرورته، إلا أن الأجر لايقابله؛ لأنه بيع للعمل كالأطراف للعبد تدخل تحت العقد تبعا، ولكن الثمن يقابل الأصل لا الأطراف بخلاف أجير الوحد؛ لأن العقد ثم ورد على منافع في الوقت دون محل معلوم للعمل،

ألا ترى أن الأجر يجب(٢) بتسليم نفسه في المدة من غير عين (تسلم)(٣) إليه،

وإذا كان المعمول غير ظاهر ولا مسمى وقت العقد لم يصر حفظه معقودا عليه تبعا ولاقصدا، وبقيت العبرة لنفس العمل،

ولا يلزم على هذا من استأجر دابة لحمل صبي وسلم الصبي إليه، فحمل فسقط لم يضمن؛ لأن المسألة في صبي يستمسك بنفسه دون الذي لايستمسك؛فإنه(٤)

١ ـ أي إذا كان سبب الهلاك،

٢ ـ أي أن الأجر يجب لأجير الوحد

٣ ـ في نسخة (ب) : «تسليم»

٤ ـ أي الصبي الذي لايستمسك على الدابة،

والجماد سواء، والجماد يضمن إذا سقط، فأما الذي يستمسك بنفسه فهو في حفظ نفسه ويده،

فلم يصر الحفظ معقودا عليه تبعا للحمل،

وأما أبو حنيفة فإنه يحتج له بالقياس كأنه لم تبلغه أقوال الصحابة(١) ، أو على ما قالوا من مذهبه أن القياس أولى من قول الصحابي(٢) ، وإنما يترك القياس بإجماعهم، ولم يبلغ هذا القول مبلغ ما ينعقد به الإجماع،

١ ـ بل الظاهر وصولها إليه كما سبق ذكر رواية محمد في كتابه الآثار عنه ـ رحمه الله ـ (راجع تخريج الآثار في ص٣٠٠ـ٣٠١

ووصول أثر القاضي شريح رحمه الله ـ أيضا، (راجع كتاب الآثار لمحمد ص ١٧٣-١٧٤ وكتاب الآثار لأبي يوسف ص:١٥٦)

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه (٣٠٩/٤) عن وكيع قال : حدثنا حسن عن مطرف عن صالح بن دينار : أن عليا ـ رضي الله عنه ـ كان لايضمن الأجير المشترك،

وهو قول أبي حنيفة ـ رحمه الله ـ

٢ ـ ولم يثبت عن أبي حنيفة وصاحبيه أبي يوسف ومحمد رواية ظاهرة في ذلك على ما ظهر من كتب الحنفية، وما ذكره المؤلف ـ رحمه الله ـ أشبه بقول أبي الحسن الكرخي فإنه يقول : «لايجب تقليد الصحابي إلا فيما لايدرك بالقياس»،

قال في كشف الأسرار (٢١٧/٣) وفي فتح الغفار (١٤٠/٢) بأن أبا زيد الدبوسى رحمه الله ـ يميل إلى هذا القول،

صرح في ميزان الأصول (ص٤٨١) بأنه لم تثبت في المسألة رواية ظاهرة منهم فقال : «ولم يثبت في هذه المسألة عن أصحابنا المتقدمين رواية ظاهرة إلا ماروى عن أبي حنيفة ـ رحمه الله عليه ـ أنه قال : إذا اجتمعت الصحابة سلمنا لهم وإذا جاء التابعون زاحمناهم»

(راجع أيضا كشف الأسرار للبخاري ٣/٢١٧)

اختلفت كلمة فقهاء الحنفية في تقليد الصحابة على أربعة أقوال رئيسية :

* الأول : أن تقليد الصحابي واجب، يترك به القياس،

قاله أبو سعيد البردعى وأبوبكر الرازي في بعض الروايات وجماعة من الحنفية، وقال أبو سعيد : «وعليه أدركنا مشائخنا» =

ووجه القياس : إن الخلاف مسطور في القصار والخياط ونحوهما دون حافظ الثياب. والعقد في القصار يتناول القصارة لا الحفظ إلا أنه لابد من الحفظ للعمل، فثبت له ولاية الحفظ كما ثبت للمودع؛ لأنه يحفظه لا بأجر. إنما خالفه في سبب وجود الحفظ. وجب على المودع بقبول عقد الاستحفاظ. وهذا بفعل اليد عليه للعمل لابعقد الإجارة ليكون ببدل.

فهذا هو القياس الصحيح وما قالاه استحسان احتياطا للناس على ما اشار إليه علي . إلا أنه نظر لهم من حيث أن فيه إضرارا بالعامل بأن يلزم حفظا لم يلتزمه. وهذا لايجوز، بل النظر واجب للكل على السواء.

— * —

= * والثاني : لايجب تقليد الصحابي إلا فيما لايدرك بالقياس.
قاله الكرخي ومال إليه أبو زيد الدبوسي - كما ذكر-
* والثالث : يجب تقليد الصحابي إذا كان من أهل الفتوى ولم يوجد من أقرانه خلاف ذلك. أما إذا كان خالفه غيره فلا يجب تقليد البعض ولكن يجب ترجيح قول البعض بالدليل.
قاله أبو منصور الماتريدي ومن تبعه، وقال صحاب ميزان الأصول (ص٤٨٢) : «هو الصحيح».
* والرابع : يجب تقليد الخلفاء الراشدين - رضي الله عنهم -
وهو قول بعض العلماء من الحنفية وكذلك من الشافعية.
(ميزان الأصول ص٤٨٢ وكشف الأسرار للبخاري ٢١٧/٣ والمحصول ١٧٤/٣/٢)
واتفق عملهم بالتقليد فيما لايعقل بالقياس كما في تعيين أقل الحيض وأكثره. ومثل حكم شراء ما باع بأقل مما باع في قصة زيد بن أرقم وعائشة - رضي الله عنهما التي سبق ذكرها في كتاب البيوع. (راجع للتفصيل والتخريج الجزء الأول ص: ١٨٠ - ١٨١
واختلف عملهم فيما يعقل بالقياس كما في تضمين الأجير المشترك.
(راجع للمزيد من المعرفة في حجية قول الصحابي وحكم تقليده ميزان الأصول ص٤٨٠ وما بعدها. والمغنى للخبازي ص ٢٦٦ ومابعدها وكشف الأسرار للبخاري ٢١٧/٣ وما بعدها وفتح الغفار ١٣٩/٢-١٤٠)
وذهب الإمام مالك والشافعي في قوله القديم وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين إلى حجية قول الصحابي، وقيد الشافعي رحمه الله في موضع بأنه يجوز تقليده إذا قال قولا وانتشر ولم يخالف، وفي موضع آخر قال : يقلد وإن لم ينتشر. (المحصول ١٧٨/٣/٢)
وذهب الشافعي في قوله الجديد وأحمد بن حنبل في رواية الى أن قول الصحابي لايكون حجة ولايجب تقليده.
وللفقهاء رحمهم الله أدلة كثيرة فيما ذهبوا إليه.
(راجع للتفصيل إلى المحصول ١٧٤/٣/٢-١٧٥، ١٧٨ وما بعدها، وشرح الكوكب المنير ٤٢٢/٤ وما بعدها، ٦٠٥/٤، وروضة الناظر ص ٨٤، وراجع أيضا مراجع الحنفية المذكورة)

مسـألة

[الخلاف في حكم الإجارة على أحد الشرطين]

إذا قال لخياط : «إن خطت هذا الثوب اليوم قميصا فلك درهم، وإن خطتـه [٣٩٤ب] غدا فلك نصف درهم» كان الشرط في اليوم الأول صحيحا وفي الثاني فاسدا عند أبي حنيفة، حتى إذا خاطه غدا وجب له أجر المثل لاينقص عن نصف درهم، ولا يزاد على الدرهم.

وقال زفر : العقد فاسد أصلا.

وقال أبو يوسف ومحمد : العقد صحيح في اليومين جميعا بشرطيه(١) .

وكذا إذا تزوج امرأة على ألف درهم إن أقام بها بالبلدة، فإن خرج بها فلها ألفان فسدت التسمية عند الخروج على قول أبي حنيفة(٢) .

وعندهما : جميعا جائزان(٣)

أما زفر فإنه يقول : إنه في اليومين جميعا بمنزلة ما لو استأجره بدرهم أو نصف درهم؛ لأن المعقود عليه واحد في اليومين جميعا. وهو خياطة القميص دون منافع الخياط في اليوم الأول أوالثاني؛ لأن الوقت لامعتبر به في أجير المشترك.

١ - يرجع للمسألة المبسوط ٥/٩٩-١٠٠ والهداية ٨/٧٠ وما بعدها وبدائع الصنائع ٤/١٨٦ وتكملة البحر الرائق ٨/٣١ واللباب في شرح الكتاب ٢/٩٨

٢ - فيقدر لها مهر المثل لايزاد على الألفين ولاينقص عن الألف. كما في المسألة الأولى. (الهداية ٣/٢٣١-٢٣٢)

٣ - حتى كان لها الألف إن أقام بها بالبلدة والألفان إن خرج بها (الهداية ٣/٢٣٢)

وعند زفر رحمه الله : الشرطان جميعا فاسدان. ويكون لها مهر المثل لاينقص من ألف ولا يزاد على ألفين.

لم يذكره المؤلف رحمه الله . لعل ذلك اكتفاء بما ذكره من قوله في المسالة الأولى والله أعلم.

(للمزيد من المعرفة راجع فتح القدير لابن الهمام ٣/٢٣٢-٢٣٣) والعناية ٣/٢٣١)

ألا ترى أنه لو قال : «إن خطته اليوم فلك درهم» وسكت، (فخاطه)(١) غدا استحق الأجر، كما لو لم يذكر وقتا. وكان ذكر الوقت لاستعجال العمل لا لتقدير المنفعة به وتعيينه فيه.

وقد ذكر في الكتاب : «إن خطته اليوم فلك درهم. وإن خطته غدا فلا شيء لك.» فخاطه غدا وجب أجر المثل لبقاء العقد الأول فيه، كأنه يقول له : «إن خطته فلك درهم أو لا شيء.

وكذلك لو قال لخياط : «خط هذا الثوب غدا بدرهم» (فخاطه)(٢) اليوم يجب أن يستحق الأجر؛ لأن المعقود عليه خياطة القميص الذي عينه لاعمل في وقت. وإنما ذكر الوقت لتعجيل العمل أو تأخيره ترفيها. وإذا كان المعقود عليه واحدا في اليومين كان العقد واحدا والتسميتان حصلتا للمعقود عليه. وهما مختلفان، فيفسد العقد كما فسد في اليوم الثاني في قول أبي حنيفة.

وكما إذا اشترى عبدا بألف درهم الى شهر وبألف إلى سنة، فإنه يكون فاسدا، وإن أدخل الأجلين، لأن البدل للعبد وهو واحد.فاجتمعا في انعقاد المبادلة وإن تفرق وقت الطلب.

وغير مشكل هذا النكاح، فإن النكاح واحد أقام بها أو خرج بها. وتسمية الألف قائمة إذا خرج بها مع العين بخلاف قولك :«إن خطته روميا فلك درهم وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم(٣) » لأنهما عملان مختلفان وعقدان مختلفان كل واحد

١ ـ في نسخة (ب) «فخاط»

٢ ـ في نسخة (ب) : «فخاط»

٣ ـ هذا العقد جائز عند الأئمة الثلاثة : أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد بن الحسن رحمهم الله. وذكر صاحب العناية (٧٠/٨) الأتفاق في ذلك. فقال : «إذا قال رجل للخياط : إن خطت هذا الثوب فارسيا فلك درهم، وإن خطته روميا فلك درهمان» جاز بالاتفاق.=

عقد بتسمية على حده معلومة، فلم توجد جهالة التسمية كما إذا اشترى عبدين هذا بألف وهذا بألفين على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء ويرد الآخر فإنه صحيح عندكم.

هذا، ولا تعرف عن زفر رواية في الفارسية والرومية

وأما أبو يوسف ومحمد فإنهما يقولان : لما ثبت أن العقد واحد. وذكر اليوم لاستعجال العمل. وأنه متى لم يعمل كان العقد باقيا أبدا مالم يعمل. كانت تسمية النصف إذا أخر بحط البعض لا لتسمية جديدة؛لأن التسمية الأولى باقية وكانت الصفة بها واقعة عن تسمية أخرى وغير واقعة عن الخطأ إذا آجر ولم يوقته بشرط التعجيل، فحمل عليه بدلالة الحال فصح كما لو جاء غد فقال : «حططت عنك نصف درهم.»

وكذلك في باب النكاح كانت التسمية الأولى باقية عند الخروج، فعلم أن الأخرى لم يكن على سبيل الابتداء بل على سبيل الزيادة على الأولى، فصحت كما لو صرح بالزيادة على الأولى، فالزيادة في البدل يصح عندنا كما يصح الحط في الجملة.

فهذا وجه حسن ما لا إليه بدلالة الحال. وإنه يجرى من الأول مجرى الاستحسان من القياس.

= وأي العملين عمل استحق الأجر المسمى له، وأضاف «كذلك إذا كان الترديد بين الصبغين أو الدارين أو الدابتين أو مسافتين. وكذلك بين ثلاثة أشياء. أما إذا كان بين أربعة أشياء، فلم يجز. والمعتبر في جميع ذلك البيع. والجامع دفع الحاجة. غير أنه لابد من اشتراط الخيار في البيع، وفي الإجارة لايشترط ذلك؛ لأن الأجر يجب بالعمل. وعند ذلك يصير المعقود عليه معلوما. وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد. فتحقق الجهالة ولا ترتفع المنازعة إلا بإثبات الخيار.»

راجع أيضا الهداية ٧٠/٨ واللباب في شرح الكتاب ٩٧/٢-٩٨ وتكملة البحر الرائق ٣٠/٨)

وأشار المؤلف رحمه الله - كما يأتي قريبا- إلى أنه لاتعرف رواية عن زفر رحمه الله في ذلك.

قالا : ولا معنى لقول من يقول : «إن العقد معقود على خطر انفساخ الأول بترك العمل في اليوم الأول «لما ذكرنا : أن العقد واحد وإنه لاينفسخ بمضى المدة إلا أنه إذا عمل في اليوم الأول لم يبق(١) لإيفائه صاحبه بتمامه كما إذا كان عليه دين مؤجل فأوفى قبل الأجل لم يبق إلى محله لوجود الإيفاء قبله (لا أن)(٢) الذي عجل غير الذي كان عند المحل.

وأما أبو حنيفة فإنه يقول : إن التسمية الأولى ثابتة أبدا. وكذلك العقد بدليل ما قاله زفر، فاجتمع في اليوم الثاني تسميتان ففسد العقد. فأما التسمية الثانية فغير موجودة في اليوم الأول؛ لأنه يقضى له بسبب تأخيره فلا يثبت قبل التأخير.

فإن قيل : (فالأولى)(٣) إنما ثبتت لمكان التعجيل أيضا، ولم يتوقت.

قلنا : لأن العقد ما انعقد إلا بها(٤) فلا يبقى إلا عليها ما بقي العقد. فلذلك اجتمع في اليوم الثاني تسميتان؛لأنه ثبت أولا فيدوم كما ثبت لا بعلة الثبوت. وأما الثاني فما ثبت إلا غدا، فيكون وجوده اليوم على سبيل الإبتداء، فلا يثبت إلا بعلة الإبتداء وهو التسمية. ولم توجد اليوم بل وجدت غدا بعلة التأخير، وإذا كان كذلك لم يبطل العقد في اليوم الأول لعدم الجهالة.

بخلاف ما اذا قال لآخر : «خط هذا الثوب قميصا غدا بدرهم.» فخاطه اليوم استحق الأجر.

وإن كان لا يروى هذا الفصل عنهم؛ لأن مقصود الأمر العمل دون الأجل.

١ ـ أى لم يبق العمل.

٢ ـ في نسخة (ب) : «لأن»

٣ ـ أى التسمية الأولى. والمكتوب في النسخ : «فالأول»

٤ ـ أى بالتسمية الأولى

ومطلق العقد لايقتضى (أجلا)(١) ، علم أنه أراد به ترفيه العامل فيه، لا إعدام العقد للحال، فثبت العقد حالا، ثم تأجل العمل بعد ثبوت العمل كالبيع بألف إلى أجل.

فأما فى مسألتنا هذه فقد ذكر الحال بدرهم ثم نقص/ لمكان التأخير، فثبت [٣٩٥أ] أنه معلق بعدم العمل للحال، وأنه لم يتناول الحال.

وبخلاف البيع إلى شهر بألف أو إلى شهرين بألفين؛ لأن الثمن لايقابل تسليم المال الذي يوجد في الوقت، وإنما يقابل المبيع المعين للحال وإنه ثابت مبيعاللحال، فيجتمع إليه البدلان جميعا؛ لأنهما لايثبتان إلا بدلا عنه ببيعه.

وفي مسألتنا نفس العمل الذي هو المبيع يوجد غدا إذا لم يخطه اليوم، والتسمية الثانية (تقابله)(٢) ، فأمكن إعدامه للحال كما إذا آجر داره شعبان بدرهم وهو في رجب كان صحيحا، وفي الحال لا مبيع ولا ثمن، وإنما يثبتان ابتداء إذا جاء رجب، فثبت أن هذا ممكن في الإجارات دون بيع العين.

وكذلك هذا في النكاح، فإن التسمية الثانية معلقة بشرط الخروج بها، والمعلق بالشرط لايوجد حكما مالم يوجد شرطه كالطلاق المعلق بالشرط.

وإذا كان كذلك لم يثبت الإجتماع إلا بعد أن يخرج بها، وإن كان البدلان جميعا بدل (ماملك)(٣) على المرأة، وإنه ثابت للحال كما في بيع العبد، بخلاف بيع العبد بألف إلى شهر وبألفين الى شهرين، فإن التسمية الثانية غير معلقة بشرط، فإنها أثبتت كما أثبتت الأولى لا بشرط زائد، وإنما فيه زيادة أجل، وكما أن أجل شهر لايوجب تعليقا بل الثمن يجب للحال، ثم تتأخر المطالبة، فكذلك الثاني.

فجرى أبو حنيفة مجرى زفر في الأخذ بالقياس والعمل بحقيقة الكلام إلا أنه خالفه في التخريج، وكان ما ذهب إليه أبو حنيفة أدق وأحق بما ذهب إليه زفر.

— * —

١ - في نسخة (ب) : «أصلا»

٢ - في نسخة (ب) : «يقابل»

٣ - في نسخة (ب) : «مالك»

مسـألة

[الخلاف في حكم الإجارة بأجرتين على أمرين]

إذا استأجر حانوتا على أنه[1] قعد خياطا فأجرة كل شهر خمسة وإن قعد حدادا فأجرة كل شهر عشرة، كانت الإجارة فاسدة عندهم جميعا.

رجع أبو حنيفة وقال : يصح(١)

وجه قوله الأول : أنه هذه إجارة واحدة؛ لأن المعقود عليه منافع الحانوت في الشهر لاغير، وهي واحدة، فيكون العقد واحدا، وقد عقد بإحدى تسميتين فيبطل كما لو قال : «استأجرتك الحانوت للسكنى بدرهم أو بدرهمين، وبيع عبد بألف أو بألفين على ما مر(٢) .

والدليل على الاتحاد : أنه لوسلم الحانوت الى المستأجر ولم يسكنه العامل وجب الأجر للحدادة كان أم للخياطة، فلما تقرر البدل بتسليم واحد علم أن المبدل واحد فيهما جميعا.

ووجه قوله الآخر : أن العقد عقدان، كل واحد بتسمية صحيحة، فيصح، كما لو قال : «إن خطته فارسية فلك درهم وإن خطته رومية فلك درهمان» أو : «إن سكنت هذا الحانوت فبعشرة وإن سكنت هذا فبخمسة.»

والدليل على أن العقد عقدان : أن العقد تناول منافع الحانوت، والمنافع التي تستوفى للخياطة غير المنافع التي تستوفى للحدادة؛ لأن التى تستوفى للحدادة مما تحرك البناء وتوهنه فكانا جنسين مختلفين كما أن منافع حفظ الشيء يخالف

١ ـ يرجع للمسالة بدائع الصنائع ١٨٦/٤ والهداية ٧٤/٨-٧٥ وتكملة البحر الرائق ٣٢/٨

٢ ـ في ص : ٢٠٧.

منافع الخياطة التي تكون بحركة، فثبت أنهما مختلفان معنى، فاختلف العقد عليهما أيضا، وإن كان المحل واحدا كما في الفارسية والرومية أو استأجر رجلا يوما بدرهم إن سلم نفسه للحفظ وإن سلم للخياطة فبدرهمين،

فأما قولهم : «إنه لو سلم الحانوت ولم يعمل فيه العامل وجب الأجر» فنعم، لا بإزاء التسليم ولكن لقيامه مقام الإستيفاء حكما، وإن عدم (حقيقته)(١) ، ثم البدل بإزاء المنافع المستوفاة حكما، كما لو تحقق، وعند التحقيق هما مختلفان،

فإن قيل : فبماذا(٢) يقضى في مسألتنا هذه إذا سلم(٣) و (لم يسكن)(٤) العامل،

قلنا : بالأقل ؛ لأنه يقين وفي الأكثر شك،

— * —

١ ـ ١ ـ في نسخة (أ) : «حقيقة»

٢ ـ فبأى أجر

٣ ـ أى سلم الحانوت

٤ ـ فى نسخة (أ) : «يسكنه»

مسـألة

[الخلاف في حكم دار آجرها المكاتب ثم عجز]

المكاتب إذا آجر داره ثم عجز لم تبطل الإجارة عند أبي يوسف،

وقال محمد : تبطل(١) .

وأما إذا استأجر ثم عجز فلم يذكر في الكتاب اختلافا.(٢)

وكذلك إذا مات المكاتب عاجزا فلم يذكر في الكتاب اختلافا . ومن مشائخنا من قال : إنهما على الاختلاف(٣)

وعلى هذا الاختلاف : إذا وهب للمكاتب هبة ثم عجز :

قال أبو يوسف : لاتبطل حق الرجوع

وقال محمد : يبطل(٤) وذهب إلى أن تصرف المكاتب يقع للمكاتب على أن يتحقق له الملك بالعتق؛ لأنه نفذ بحكم الفكاك الثابت بالكتابة، ومآل هذا الفكاك التمام بالعتق إذا أدى الكتابة، فالملك بحكم الفكاك يقع موقوفا على التمام للمكاتب بالعتق، فلا يتبدل حكمه بالعتق، وإذا عجز انتقل إلى المولى بتبدل الحال التي أوجبها عقد الكتابة وانعقد العقد عليها؛ لأنه بالعجز ينفسخ عقد الفكاك ويصير كالعبد المأذون فيما مضى، فيصير للمولى بحكم خروج العبد عن أهلية الملك بانفساخ الكتابة لابحكم العقد الذي انعقد ابتداء، فيصير في حكم

١ - يرجع للمسألة بدائع الصنائع ٢٣٣/٤-٢٣٤ والمبسوط ١٢٣/١٥

٢ - وقال في بدائع الصنائع (٢٣٣/٤) : «عجز المكاتب بعد ما استأجر شيئا أنه يوجب بطلان الإجارة بلا خلاف؛ لأن الأجرة استحقت من كسب المكاتب وبالعجز يبطل كسبه، فتبطل الإجارة، إذ لاسبيل إلى إيجابها من مال المولى»

٣ - قال في المبسوط (١٢٤/١٥) : «إذا مات المكاتب عاجزا فالإجارة لاتنفسخ عند أبي يوسف رحمه الله كما لو عجز في حياته» ولم يذكر هل هناك مخالف أم لا ؟

٤ - راجع أيضا بدائع الصنائع ١٢٩/٦

الوارث ينتقل إليه أملاك (مورثه)(١) بحكم خروج الميت عن الأهلية لابحكم العقد، فإنه انعقد موجبا للمورث لا للوارث،

وإذا كان كذلك بطلت الإجارة والاستئجار كما يبطل بموت الحر وبموت المكاتب عاجزا،

وهذا لما ذكرنا أن المنافع لاتقبل الانتقال عن ملك إلى ملك؛ لأنها مما لايبقى زمانين، فمتى صار المولى لاستحق المنفعة بحكم العقد ابتداء ولكن على سبيل انتقال لخروج العاقد عن الأهلية لم تقبل المنفعة نوع هذا الملك، فيبطل كما / يبطل بالارث، وكذلك يبطل به حق الرجوع في الهبة، فإنه كما لايبقى إلا في ملك [٣٩٥ب] الهبة لم يبق إلا مع الموهوب له فلم يبق مع الوارث،

وإن انتقل إليه (قدتم)(٢) الملك، والمولى ليس يثبت له الملك بحكم عقد الهبة على ما قررنا،

وكذلك إذا آجر؛ لأن العقد (إنعقد)(٣) على أن لايستحق بالعقد إلا ما للمكاتب بحكم الفكاك دون أن يكون ذلك للمولى، وبالعجز يصير استحقاقا على المولى كما في الحر بعد الموت يصير استحقاقا على الوارث بخلاف ما اذا أدى المكاتب فعتق؛ لأن الملك ثم على موجب العقد فتقررت أحكام ذلك الملك المتعلقة بالملك والمالك جميعا،

ألا ترى أن المكاتب إذا اشترى جارية فحاضت عنده ثم أدى فعتق لم يحتج إلى استبراء جديد، وبمثله لو عجز احتاج المولى إلى استبراء جديد كالوارث مع

١ - في نسخة (ب) «موروثة»

٢ - في نسخة (ب) : «قديم»

٣ - في نسخة (ب) : «إذا انعقد»

(الموروث) (١) ، وكما لو تجدد السبب، فإن وقوع الملك (بسبب)(٢) خروج المولى عن الأهلية سبب جديد في حق من يملك، وإنما لايظهر تجدده في حق المملوك الذي لايتناوله، فيظهر حكم التجدد فيما يتعلق (بالمالك)،(٣)

وبطلان الإجارة من تلك الجملة، وكذلك بطلان الرجوع في الهبة، ألا ترى كيف بطلا بالإرث،

وهذا بخلاف العبد المأذون يؤاجر داره أو استأجر ثم حجر عليه، فإن العقد يبقى على ما كان؛ لأن العقد انعقد على معنى أن الملك يجب للمولى وعليه بالحجر يتقرر هذا الحكم،

وأبو يوسف يقول : إن العقد وقع حين وقع على أن يكون لكل واحد منهما حق ملك فيما اكتسب المكاتب دون الحقيقة، والحقيقة موقوفة على ما تبين في الثاني، إما أن يصير للمولى بالعجز أو للعبد بالعتاق، وكذلك الإستحقاق على أن يكون على المولى بالعجز أو على المكاتب بالعتاق، فإذا تقرر الحق حقيقة بالعجز لم يكن تبدلا كما إذا تقرر بالعتق،

والدليل عليه : أن المولى إذا تزوج أمة مكاتبة لم يصح كالمكاتب نفسه لقيام حق الملك ولو كانت امرأة أحدهما لم يفسد النكاح لانعدام حقيقة الملك إنما ينفرد المكاتب بملك التصرف واليد كما ينفرد بهما العبد المأذون إذا كان عليه دين،

١ - في نسخة (أ) : «المورث»،

٢ - في نسخة (ب) : «سبب»

٣ - في نسخة (ب) : «الملك»

وهذا؛ لأن المكاتب مملوك رقبة كالعبد حر يدا كالحر. فالتصرف الذي يملك باليد مما يختص المكاتب به. وأما ملك العين فموقوف على حسب صفة مملوكية في نفسه. (فإنه)(١) بين أن يؤدي(٢) فيعتق فيصير نفسه له، وبين أن يعجز، فيرد في الرق ، فيصير كالعبد. ولما توقف حاله في نفسه للحال بين أن يعجز فيكون فيما مضى كالعبد المأذون وبين أن يؤدى فيعتق، فيكون كالحر. كان وقوع الملك للحر من حكم العقد ابتداء لا على سبيل الإنتقال. ووقوع الملك للمولى بتصرف العبد ابتداء أيضا لا على سبيل الإنتقال حتى كان تحقق الملك؛ لأنهما كان في الثاني موجبا بالعقد.

ألا ترى أن العبد المأذون يستأجر، فيصح، والملك يقع للمولى في المنفعة. ولو كان على سبيل الإنتقال لما وقع وإن كان ينصرف لنفسه بحكم الفكاك كالمكاتب.

فعلى هذا يجب أن يكون الاستئجار بمنزلة (الإجارة. والموت عاجزا بمنزلة)(٣) العجز. فإن العبد المأذون إذا استأجر دارا ثم مات لم تبطل الإجارة.

ولم يلزم على هذا مسألة الاستبراء(٤) ؛ لأن الاستبراء بعد ثبوت اليد لابعد الملك. ألا ترى أن من اشترى أمة واستبرأها قبل القبض لم يكتف به وإن ملكها.

وقد ذكرنا أن المكاتب في حق اليد بمنزلة الحر دون العبد. فصار الاستبراء

١ ـ في نسخة (ب) : «فإن»

٢ ـ أى أن يؤدى بدل الكتابة»

٣ ـ ما بين القوسين ساقط في نسخة (ب)

٤ ـ هذا إشارة إلى أن المكاتب إذا اشترى جارية فحاضت عنده، ثم أدى بدل الكتابة فعتق. في هذه الحالة لم يحتج إلى استبراء جديد. ولكن لو عجز ورد إلى الرق احتاج المولى إلى استبراء جديد. راجع ص : ٣١٤

في حق المكاتب بعد اليد وفي حق المولى قبل اليد، وإنما ينتقل إليه حكم اليد بعد العجز فلم يكتف بما وجد قبله.

والإشكال على هذا أن المكاتب إنما كالعبد وتصرفه تصرف العبد بانفساخ الكتابة والعقد أوجب موجبه على حكم حال قيام الكتابة، واذا كان حكم العبد إنما يثبت بشرط ارتفاع العقد لم يكن معتبرا قبل الشرط بل كان المعتبر حال قيام الكتابة لا غير.

فمحمد اعتبر حكم حال العقد وأبو يوسف (اعتبر)(١) حكم حال رقبة في نفسه. فإن عتقها غير مستحقة للحال عندنا. وإنما هو معلق بشرط الأداء. وهذا المعنى يلحقه بالعبيد حتى صح التكفير بإعتناقه.

وأما حال يده الثابتة بالكتابة تلحقه بالأحرار، فلذلك يجب التوقف والتردد. ولم يجز أن يجعل موجب عقده كله بناء على حال يده الثابتة. بل جعل موقوفا لمعارضة حال رقبته حال يده، وحال رقبته وحال العبد المأذون سواء.

ولما تردد صار الموجب بلا توقف ما يتبنى في الثاني ويجوز أن يقال إنه يبطل بالموت عاجزا بلا خلاف ؛ لأن العقد يقع له بلا تردد؛ لأنه يتصرف لنفسه مكاتبا كان أو عبدا مأذونا أو حرا.

وإنما يختلف حكم الواجب بالعقد من الملك. ولما كان العقد يقع له بحكم الفكاك لابحكم النيابة، شبه بالحرفيه، ولما كان الملك ابتداء يقع للمولى في العبد شبه في حق الملك بالوكيل.

وعلى هذا يجب أن تبطل الإجارة بموت العبد المأذون أيضا.

١ - غير موجود في نسخة (أ)

فإن قيل : فأى فرق يكون بين الموت (والحجر)(١) إذا قلت هذا ؟

قلنا : إن العبد يتصرف بحكم المالكة على ما عرف والموت يوجب نقل هذا المعنى إلى من يخلفه(٢) على أن المنتقل إليه مالك جديد كالوارث مع المورث، ولا تجدد صفة المالكية للمنتقل إليه، لم ينفد عليه تصرفه بتلك الولاية التى كانت له بحق ملكه،

فأما الحجر على العبد فلا يثبت حكم النقل وتجدد المالكية بوجه،بل يوجب [٣٩٦أ] التقرير على الموجب ببطلان سبب الفكاك للعبد، وبالإذن السابق كان ملك التصرف على المولى، فإن إكسابه كانت للمولى فاستقام التنفيذ على المنافع التى تحدث بعد الحجر بناء على ما أمضاه بحكم الإذن لما لم يتغير حكم ملك الكسب في نفسه بوجه، ولم يثبت له حكم التجدد،

— * —

١ - في نسخة (ب) : «وبين الحجر»

٢ - أى يخلف المالك الذي مات

مسـألة

[الخلاف في حكم استئجار الظئر بطعامها وكسوتها بالمعروف]

إذا استأجر ظئرا(١) بطعامها وكسوتها بالمعروف جاز استحسانا عند أبي حنيفة،

وقالا : لا يجوز قياسا(٢) ؛ لأن الأجرة(٣) مجهولة كما لو استأجر رجلا لعمل معلوم بالطعام والكسوة،

إلا أنه(٤) يقول : إن الله تعالى شرع بدل الرضاع رزقا وكسوة بالمعروف (بقوله)(٥) : ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾(٦) وأراد به بدل الرضاع ألا ترى كيف نقله إلى الوارث ونفقة المرأة لا تنتقل إلى وارثه وقد بينا في مسألة ذوي الرحم المحرم

ولأن فرض النفقة رزقا وكسوة بالمعروف جائز كما للمرأة وللولد، وقد شرع الله تعالى ذلك كذلك ، وبدل الرضاع نفقة الولد؛ لأن الأجرة تجب حين الإرضاع ساعة فساعة والولد يتعيش بذلك فصار بدل الرضاع بمنزلة طعام الولد فصار فرض الرزق والكسوة للظئر بدل الرضاع والصبي يتعيش بما يجب به الرزق والكسوة بمنزلة الفرض له من طريق المعنى، وإن كان من حيث التسمية هو بدل الرضاع فاستحسن أبو حنيفة الأخذ بالمعنى،

— * —

١ ـ الظئر : هي المرضعة غير ولدها، (لسان العرب ٥١٥/٤)
سبق ذكرها وتعريفها في ١ / ٢٥٦

٢ ـ يراجع للمسألة المبسوط ١١٩/١٥ وبدائع ١٩٣/٤-١٩٤ والعناية ٤٦/٨ وتكملة البحر الرائق ٢٢/٨

٣ ـ أي النفقة رزقا وكسوة بالمعروف

٤ ـ أى أن أبا حنيفة ـ رحمه الله

٥ ـ في نسخة (ب) : «فقوله»

٦ ـ سورة البقرة ـ ٢٣٣، والآية الكريمة بكاملها :
﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها لا تضآر والدة بولدها ولا مولود له بولده وعلى الوارث مثل ذلك فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما، وإن أردتم أن تسترضعوا أولادكم فلا جناح عليكم إذا سلمتم ما آتيتم بالمعروف، واتقوا الله واعلموآ أن الله بما تعملون بصير﴾

مسـألة

[الخلاف في حكم استئجار الزوج امرأته للرضاعة أو الخدمة داخل البيت]

إذا استأجر امرأته لترضع ولده منها أو لتخبز أو تطبخ أو تعمل شيئا مما يعمل النساء عادة داخل البيت كانت الإجارة فاسدة.(١)

وقال الشافعي : جائزة(٢) ؛ لأن الرضاع وسائر أعمال البيت ليست على المرأة ولا تجبر عليها إذا امتنعت. وإنما يجب عليها بالنكاح تسليم نفسها للمتعة بها لا غير. فأما فيما وراء ذلك من منافعها فما هي داخلة تحت العقد ولا مملوك عليها ذلك، فيبقى على ما كان عليها قبل العقد. وقبل العقد كان يجوز هذا العقد فكذا بعده.

دل عليه : لو آجرت نفسها لتطيين السطح أو للحصاد فإنه يجوز لما ذكرنا. كذلك ههنا.

إلا أنا نقول : بأنها آجرت نفسها ببدل مستحق لها قبل العقد فلا يجوز كما لو آجرت نفسها بعبدها. وهذا لا إشكال فيه.

١ ـ فلا أجر للزوجة بذلك

ويرجع للمسألة المبسوط ١٢٧/١٥ وما بعدها وبدائع الصنائع ١٩٢/٤

٢ ـ المهذب ١٣٨/٢ وروضة الطالبين ١٨٦/٥ ذكر فيه في استئجار الزوج امرأته لإرضاع ولده منها وجهين : أحدهما : المنع والثاني : الجواز ثم قال : «وأصحهما : الجواز كما لو استأجرها بعد البينونة، وكما لو استأجرها للطبخ ونحوه»

وإنما قلنا ذلك؛ لأن الله تعالى أوجب لها رزقا وكسوة بالمعروف بقوله : ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن (بالمعروف)(١) ﴾(٢) وذلك بدل الرضاع على ما قلنا.

وإذا ثبت هذا في الرضاع فكذلك في سائر أعمال البيت استدلالا به ؛ لأن رضاع ولده منها من جملة ما يطلب من النساء عادة وشرعا فجعلت النفقة بسبب هذه الأعمال استحقاقا وإن لم يكن بدلا عنها على سبيل المعاوضة كما يستحق العامل في الصدقات كفايته بالمعروف بسبب العمل وإن لم يكن بدلا عن العمل حتى لم يحل للهاشمي(٣) والأجرة تحل له.

وإذا كان كذلك لم يجز العقد ببدل واجب قبل العقد.

وقد روى الحسن بن زياد(٤) عن أبي حنيفة : أنها إذا أجرت نفسها لرضاع الولد في العدة عن بينونة(٥) لم يجز لبقاء النفقة حقا لها.

وعلى ظاهر الرواية : يجوز لأن النفقة في تلك الحال تجب بسبب الإحتباس بحق النكاح لابسبب العمل؛ لأنها لاتعمل للزوج في العادة بعد الإبانة ولا يطلب منها ذلك شرعا ولا عرفا. وإذا لم يكن واجبا بسبب العمل صح العقد ليجب بسبب العمل. ويكون هذا غير الواجب بسبب الإحتباس.

١ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ ـ سورة البقرة - ٢٣٣

٣ ـ العمل على الزكاة. قال في الهداية (٢٠٤/٢): «والعامل : يدفع إليه الإمام إن عمل بقدر عمله، فيعطيه ما يسعه وأعوانه. غير مقدر بالثمن... لأن استحقاقه بطريق الكفاية، ولهذا يأخذ وإن كان غنيا، إلا أن فيه شبهة الصدقة، فلا يأخذها العامل الهاشمي تنزيها لقرابة الرسول عليه الصلاة والسلام عن شبهة الوسخ، والغنى لا يوازيه في استحقاق الكرامة. فلم تعتبر الشبهة في حقه.» (راجع أيضا تحفة الفقهاء ٣٠٠/١)

٤ ـ الحسن بن زياد اللؤلؤي. سبقت ترجمته في ٣٦٥/١

٥ ـ أي عن طلاق بائن

والإشكال عليه : أن النفقة تجب صلة لها على ما مر في كتاب النكاح كالعمالة للعامل لا عوضا عن شيء آخر، وما يجب بالإجارة يجب عوضا عن العمل، فيكون غير الصلة لا محالة كالواجب بالهبة يكون غير الواجب بيعا. وإذا كان غير الصلة لم يكن استئجارا ببدل واجب.

والجواب عنه : أنه يجوز أن يعتبر بالمعاوضة في حق الوجوب لتعلقه بالعمل وبالصلات في الواجب لانعدام المعاوضة ثم يرد الى الإجارة في حق الوجوب دون الواجب.

ووجه آخر : أن هذه الأعمال(١) عليها للرجل قبل عقد الإجارة فلا تجوز الإجارة على ما كان عليها قبل العقد كما إذا آجرنا عبدا أوصى بخدمته لرجل من ذلك الرجل بعينه، فإن الإجارة باطلة؛ لأن الخدمة عليه للموصى له قبل العقد. وكان بمنزلة من باع شيئا من مالكه فلا يصح.

وكذلك الإبن إذا آجر نفسه بخدمة الأب لم يجز(٢) ؛ لأن الخدمة عليه قبل العقد.

وإنما قلنا : هذه الأعمال عليها لما روى عن رسول الله ﷺ «أنه قسم الأعمال بين فاطمة وعلي فجعل أعمال داخل البيت على فاطمة وأعمال خارج البيت على علي»(٣) . وكذلك هذه الأعمال مطلوبة من المرأة بحق النكاح شرعا وعرفا.

١ ـ أى الرضاع والخدمات داخل البيت

٢ ـ راجع أيضا إلى بدائع الصنائع ١٩٢/٤

٣ ـ الحديث

نقله العيني في عمدة القارى (١٢٤/١٧) عن مالك رحمه الله ـ قال : «ألزم النبي ﷺ فاطمة ـ رضي الله تعالى عنها بالخدمة الباطنة، وعليا بالخدمة الظاهرية»

وذكره أيضا في بدائع الصنائع ١٩٢/٤=

والنكاح كما يقصد للوطء، يقصد لمصالح داخل البيت من أمر الخبز والطبخ والكنس ونحوها، لاينفك عقد عن هذه المقاصد إلا أنها (تبع)(١) لمقصود المتعة، وذلك هو الأصل، وإذا/ كان كذلك صار عليها تبعا للأصل أيضا، وهي إذا امتنعت [٣٩٦ب] عنها تعنتا أثمت بخلاف ما قبل العقد، إلا أنهـا لا تجبر على ذلك في القضاء؛ لأن المملوك عليها (بحكم)(٢) العقد في مقابلة المهر غير هذه على ما بيناه في كتاب النكاح(٣) ، وإنما هذه الأعمال يلزمها بحكم الازدواج الذي تثبت مشتركا بين الرجل والمرأة على ما بينا في كتاب النكاح.

فأما فيما بينها وبين الله فواجب عليها هذه الأعمال كما يجب على الرجل حسن العشرة وإن لم يلزمه في القضاء وكما يجب على الولد خدمة أبيه وإن لم يلزمه في القضاء إذا كان للأب خدم سواه واستغنى بهم عنه.

والشبهة أن الخدمة في الأصل واجبة على الإبن لأبيه، وإذا احتاج إليها الأب أجبر الولد عليها، إلا أنها من فروض الكفاية، فسقطت عنه إذا وقعت الغنية بغيره، فمتى ما أقامها بنفسه كان خروجا عن الفرض كالجهاد (الذي)(٤) هو من فروض الكفاية ويسقط عنه بغيره(٥) ، ولكن إذا أقام كان مؤديا فرضا، وكذلك صلاة الجنازة.

= وقال العيني (١٢٤/١٧) : «وحكى ابن بطال أن بعض الشيوخ قال : لانعلم في شيء من الآثار أن النبي ﷺ قضى على فاطمة بالخدمة الباطنة، وإنما جرى الأمر بينهم على ما تعارفوه من حسن العشرة وجميل الأخلاق...»

١ ـ في نسخة (ب) : «بيع»

٢ ـ في نسخة (ب) : «في حكم»

٣ ـ راجع كتاب النكاح القول في حكم النكاح (لوحة ١٨٨ب من نسخة سراى أحمد الثالث)

٤ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٥ ـ أى يسقط عن المكلف بالجهاد بقيام غيره ذلك الفرض

وهذه الأعمال ليست بفرض عليها بحكم العقد بدليل ما ذكرنا. إنها لاتجبر على ما وجب بنفس العقد. (أجبر الزوجان عليه؛ لأنه حق العقد، والعقد لازم.

والجواب عنه : أنه يجبر على ما وجب بنفس العقد)(١) من ملك العوضين من المهر وملك الحل عليها.

فأما ما يجب بسبب الازدواج والوصلة فيجب شرعا تدينا لا مملوكا بنفس العقد، فلا يجبر الإنسان عليه مع الوجوب كما لايجبر على التكفير.

ونفس الوجوب يمنع الإعتياض عليه، وإن كان لايجبر عليه.

فإن قيل : المرأة قد تكون كتابية، فالوجوب ديانة لا يتصور في حقها.

قلنا : لسنا نعنى بقولنا : «ديانة»، أنه يقع موقع العبادة وكيف يكون عبادة، وإنما تعمل للزوج. ولكن الوجوب من طريق الدين لا من طريق أن الزوج ملك حكما لملكه عليها.

ألا ترى أن الابن الكافر إذا خدم اباه المسلم بأجر لم يصح.

والوجوب ثم من طريق التدين، وكما يجب التدين ترك الإيذاء للناس، والأخذ بمكارم الأخلاق. والكافر (مخاطب)(٢) به كما يخاطب المسلم.

— * —

١ ـ مابين القوسين ساقط في نسخ (أ)

٢ ـ في نسخة (أ) : «يخاطب»

مسـألة

[الخلاف في حكم إجارة الفسطاط المستأجر أو إعارته]

إذا استأجر فسطاطا فآجر غيره أو أعاره ضمن، ولم يلزمه الأجر عند أبي يوسف(١)

وقال محمد : لزمه الأجر ولا ضمان عليه، وذلك ؛ لأن منفعة الفسطاط السكنى كمنفعة البيت فتقبل الإجارة من غيره والإعارة، ألا ترى أن له أن يسكن مع / نفسه من شاء ، فلأن يقبل دونه أولى، [٣٩٧أ]

وكذلك إذا استأجر فسطاطا ولم يبين من يسكنه صح، ولو كان مما يختلف فيه الناس لم يصح إلا بعد بيان الساكن كما في الركوب واللبس،

إلا أنا نقول : إن الناس يتفاوتون في النصب والرفع، ولابد من ذلك للسكنى فيه، ولايصح التفويض إلى غيره كما في الركوب واللبس،

إلا أنه إذا استأجر ولم يبين من ينصبه صح للعرف القائم إن المستأجر هو الذي ينصب أو يكون بين يديه وتدبيره أو يتولاه ثقة (له)(٢) من أعوانه ورعيته لذلك،

ولهذا ملك أن يعير غيره بعدما نصبه ؛لأنه لا تفاوت في السكنى نفسها،

— * —

١ ـ وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أيضا كما ذكر في المبسوط (٢٦/١٦) قال فيه : «وإذا استأجر يخرج به إلى مكة فقعد وأعطاه أخاه ، فحج ونصب واستظل به، فهو ضامن، ولا أجر عليه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ـ رحمهما الله ـ.

وقال محمد : لاضمان عليه وعليه الأجر، لأن الفسطاط من المساكن، وفي المسكن لايتعين سكناه بنفسه؛ لأن سكناه وسكن غيره في الضرر على الفسطاط سواء فهو كتسليم البيوت...»

٢ ـ غير موجود في نسخة (أ).

مسـألة

[الخلاف في الاستئجار لحمل الخمر]

إذا استأجر رجلا ليحمل له الخمر صح عند أبي حنيفة.

وقالا : لايصح(١) ؛ لأن الخمر في العادة يحمل للشرب،وذلك معصية والإجارة على المعاصي باطلة(٢) ؛ لأنها عمل حرام فيحرم بيعه كما يحرم بيع الميتة.

ولهذا قالا : بيع العصير ممن يتخذه خمرا لايحل(٣) ؛ لأنه معصية. ولأن باب الخمر مغلظ حكمه فيصير المسبب فيه بمنزلة المباشر تغليظا.

ولهذا لعن النبي عليه السلام في الخمر عشرة (منها)(٤) : «العاصر والساقي»(٥). بخلاف الإجارة لحمل الميتة؛لأنها لا تحمل إلا لتطهير المكان. وذلك طاعة.

ولأبي حنيفة : أن نقل الخمر عمل لا معصية في نفسه؛ لأنه يحل إمساكه ونقله للتخلل. وإنما يحرم للشرب، والشرب عمل آخر غير الحمل، فيكون الحرمة لمعنى في غير النقل فلا يحرم نقله. كما حل البيع وقت النداء يوم الجمعة؛ لأن عينه حلال. وإنما الحرمة لتركه السعي، وهو غير البيع(٦)

وكذلك بيع العصير ممن يتخذه خمرا فإتخاذه خمرا غير بيع العصير فكانا غيرين.

هذا هو القياس وما قالاه استحسان لتغليظ الخمر.

— * —

١ ـ المبسوط ٣٨/١٦، وبدائع الصنائع ١٩٠/٤ والهداية ٤٩٣/٨ تكملة البحر الرائق ٢٠٣/٨

٢ ـ يرجع لحكم الاستئجار على المعاصي المبسوط ٣٨/١٦ وبدائع الصنائع ١٨٩/٤ والكفاية ٤١/٨ وتكملة البحر الرائق ٢٠/٨

٣ ـ راجع أيضا الهداية ٤٩٣/٨

٤ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٥ ـ سبق تخريج الحديث في ص : ١٤٦
راجع أيضا نصيب الراية (٢٦٣/٤)

٦ ـ سبق الكلام في ذلك في كتاب البيوع ١/ ٨٨

مسـألة

[الخلاف في حكم الاستئجار لعمل معلوم مع ذكر الوقت]

إذا استأجر رجلا ليخيط له هذا الثوب قميصا اليوم بدرهم كانت الإجارة باطلة عند أبي حنيفة،

وعندهما: يجوز(١) ؛ لأنه ذكر عملا معلوما لو أفرده عن بيان الوقت يصح، فذكر الوقت لايفسده كما إذا استأجر ثورا ليطحن له قفيزا اليوم بدرهم، أو قال لخياط : «إن خطت هذا الثوب قميصا اليوم بدرهم» صح، ولا فرق بينهما إلا من حيث شرط، وهذا الشرط لايزيد صحة؛ لأنه خطر، وفيه فساد في الأصل،

وكذلك إذا استأجر رجلا ليرعى له هذه الأغنام شهرا بعشرة دراهم كان صحيحا(٢) ،

وهذا، لأن مقصود المستأجر العمل نفسه، وإنما ذكر الوقت منه لتعجيل العمل فيه، لا لقصر العمل فيه، والتعجيل لايغير المقصود عليه عن حاله؛ لأنه بلا شرط يجب تعجيله إذا كان العقد مطلقا وكان آثما في التأخير،

وأبو حنيفة يقول : إن المعقود عليه مجهول، فلا يجوز كما لو باع أحد عبديه أو أحد ثوبيه أو آجر إحدى داريه،

وإنما قلنا ذلك ؛ لأن قوله : استأجرتك لتخيط هذا الثوب قميصا، إجارة تامة، وتناول العقد خياطة محلها الثوب دون ما سواها من منافعه،

١ ـ يرجع للمسألة العناية ٥٢/٨ والكفاية ٥٢/٨

٢ ـ راجع أيضا المبسوط ١٦٢/١٥

وقوله : استأجرتك لتخيط لي هذا اليوم بدرهم» يتناول منافعه التى تكون منه في اليوم (حل)(١) الثوب أم لا، دون ما سواها مما يتصل بالثوب أولا يتصل فيما عدا اليوم، وما يحل الثوب متى ما كان غير ما يحدث منه في اليوم وإن لم يتصل بالثوب وإذا كانا غيرين والعقد تناول أحدهما بالإجماع، وليس أحدهما أولى من صاحبه من حيث التسمية ولا من حيث منازعتها؛ لأنهما متعاوضان ينزلان منزلة على السواء، والمؤاجر يريد ما يحل بالثوب؛ لأن فائدته فيه، والمستأجر يريد ما يتوقت باليوم ليستحق الأجر بالتسليم، وإن لم يعمل صار المعقود عليه مجهولا كما في إجارة إحدى الدارين، أو قوله : «آجرتك هذا الشهر أو الشهر الثاني بكذا» فإنه لايصح.

دل عليه : أن الإجارة بذكر الوقت وحده يقع على منافع (الأجير)(٢) فيه لا غير دون العمل، والإجارة الأخرى تقع على صيرورة الثوب قميصا دون منافعه، فإنه لو استعان بغيره حتى خاط استحق الأجر، وإن سلم نفسه وخاط غيره لم يستحق شيئا، فدل أن العقد وقع على صيرورة الثوب قميصا.

وأما إذا قال : «إن خطته اليوم قميصا فبدرهم »فإنما جاز إذا عقبه بقوله : «وإن خطته غدا فبنصف درهم حتى دل نقصان البدل بالتأخير على أن الوقت الأول كان للتعجيل لا لتقدير المنفعة به، وإذا لم يكن للتقدير لم يصر الوقت معقودا عليه ولا دلالة عليه من حيث النص في مسألتنا هذه، فيبقى مقصود المستأجر، فإن مقصوده إنما يتوفر (بالتعجيل ومقصود المأجر مقابله، فإنه إنما يتوفر)(٣) في وجوب الأجر بجعل الوقت معقودا عليه.

١ ـ في نسخة (ب) : «في حل»

٢ ـ في نسخة (ب) : «لاجير»

٣ ـ مابين القوسين ساقط في نسخة (ب)

وأما مسألة الثور(١) فيجوز أن يكون على الاختلاف لا وجه له غير ذلك.

وأما مسألة الرعي فغير لازمة؛ لأنه لو استأجر للرعي شهرا بكذا لم يجز ولو بين الأغنام ولم يبين الوقت لم يجز أيضا. فالعمل لايصير معلوما من حيث الرعي إلا ببيان الغنم والوقت جميعا. فلا يصير المعقود عليه اثنين بالبيان بل يكون واحدا، وأما العمل والوقت إعلام له أو منافعة في الوقت والغنم إعلام له. وإذا كان كذلك صح العقد وجعل مابدا به أصلا إلا أن يأتي ببيان شاف في آخره فيصار إليه ويترك / الاستدلال بالبداية. [٣٩٧ب]

وفيما نحن فيه كل واحد منهما يصلح معقودا عليه، فلا يمكن من اعتبار العقد وجعل أحدهما صفة الأخر. ولم تثبت صفة إلا بنص زائد على مطلق العقد يدل عليه كما في مسألة الخياط : «إن خطته اليوم فبدرهم وغدا فبنصف.»

— * —

١ ـ أى أذا استأجر ثورا ليطحن له قفيزا اليوم بدرهم.(راجع ص : ٣٢٩

مسـألة

[الخلاف في تمام عمل الأجير اللبان والخباز ونحوهما]

إذا استأجر لبانا(١) لم يكن عليه التشريج(٢) عند أبي حنيفة،

وعندهما : يكون عليه(٣) ، لأن تمام العمل في العرف بالتشريج فصار عليه كما لو استأجر لبانا ليطبخ له الآجر(٤) ، فإن الإخراج من الأتون(٥) بعدما برد عليه؛ لأن تمامه به في العرف،

وكذلك إخراج الخبز من التنور على الخباز(٦) ،

إلا أنا نقول : إن عمل التلبين يتم بإقامة اللبن وتسويته، والتشريج من الإحراز ؛ لأنه إنما يجوز بالشرج لا بالبيوت،

١ ـ اللبّان : هو الذي يصنع لبنا،
واللَّبِن : هي ما تعمل من الطين ويبنى بها، الواحدة لبنة
والملبن : قالب اللبن،
(الصحاح ٢١٩٢/٦ والمغرب ٣٤٠/٢-٣٤١ والمصباح المنير ٥٤٨/٢)

٢ ـ المكتوب في النسخ : «التسريح» بالسين والحاء المهملتين، وبهذا الشكل تتكرر الكلمة في المسألة، والتسريح بمعنى الإرسال والتسهيل والتلخيص،
ومنه : تسريح الشعر : أي تخليص بعضه من بعض وتخليله بالمشط، (المغرب ٣٩٢/١)
وأما التشريج : ـ وهو ما أثبتناه من كتب الفقه واللغه : فإنه التنضيد والضم، قال في لسان العرب (٣٠٥/٢) : «شَرَّجَ اللَّبِن : نَضَدَ بعضه إلى بعض، وكل ما ضم بعضه إلى بعض فقد شُرِجَ وشُرِّج»
(راجع أيضا المغرب ٤٣٦/١ والمصباح المنير ٣٠٨/١)
وهذا هو المراد هنا، والله أعلم، والظاهر أن الخطأ خطأ الناسخ،

٣ ـ يرجع للمسألة بدائع الصنائع ٢٠٩/٤ والعناية ٢٠/٨ واللباب في شرح الكتاب ٩٧/٢ وتكملة البحر الرائق ٧/٨ والمبسوط ٥٧/١٦

٤ ـ الآجر : اللبن إذا طبخ، وهو معرب، (المصباح المنير ٦/١ والمغرب ٣٠/١)

٥ ـ الأتون : موقد النار، قال في المغرب (٢٥/١) : وهو للحمام ويستعار لما يطبخ فيه الآجر»
(لسان العرب ٧/١٣ والمغرب ٢٥/١ والمصباح المنير ٣/١)

٦ ـ يرجع أيضا الهداية ١٩/٨-٢٠ وبدائع الصنائع ٢٠٩/٨ واللباب في شرح الكتاب ٩٧/٢) والمبسوط ٥٧/١٦

الأ ترى أن اللبن يتخذ للمرمة(١) ، والأخذ من الشرج ومن موضعه بعد الإقامة على السواء، فأما قبل الإقامة فبعد لم يتم العمل؛ لأنه لايصلح للمرمة كذلك ولابد من تسوية أطرافه والفصل عن الأرض كما لابد من فصل الخبز عن التنور ليتهيأ للأكل إلا أن الإخراج عليه بعد الفصل؛ لأن في الترك إحراقا، وكذلك في أخذه من التنور ضرب تكلف ما جرت العادة بمثله أكلاً،

وكذلك في أخذ الآجر من الأتون ضرب تكلف ما تعورف الأخذ منها للمرمة فكان الإخراج ليتهيأ الانتفاع به بمنزلة عمل التلبين وتحصيل الصورة، فأما ما يكون إحرازا فليس بسببه لعمل تحصيله،

— * —

١ ـ المَرَّمَة : الإصلاح،

والرَّمّ : إصلاح الشيء الذي فسد بعضه

رممت الحائط أَرِمّه وأَرُمُّه رما ومَرَّمَةً : إذا أصلحته

(لسان العرب ٢٥١/١٢ والمصباح المنير ٢٣٩/١)

مسـألة

[الخلاف في حكم الاستئجار على عمل هو طاعة محضة]

إذا استأجر رجلا ليحج عنه أو يعلمه القرآن لم يصح(١) ٠

وقال الشافعي : يصح(٢) لما روى عن النبي ﷺ «أنه زوج رجلا امرأة بما معه من القرآن»(٣) أي بتعليم ما معه٠ فلولا أن التعليم عمل يجوز الأجر عليه وإلا لما (صلح)(٤) مهرا٠

١ ـ يرجع للمسألة الى المبسوط ٣٧/١٦ وبدائع الصنائع ١٩١/٤ والهداية ٣٩/٨ وتكملة البحر الرائق ١٩/٨)

قال في المبسوط (٣٧/١٦) : «فالمذهب عندنا أن كل طاعة يختص بها المسلم فالإستئجار عليها باطل٠

وعلى قول الشافعي «كل مالايتعين على الأجير إقامته فالإستئجار عليه صحيح»

٢ ـ المهذب ٤٥/١، ٤١٦ وروضة الطالبين ١٨٧/٥، ١٩٠ ومغنى المحتاج ٣٤٤/٢

٣ ـ الحديث : متفق عليه من حديث سهل بن سعد الساعدى وهو عند البخاري - في كتاب فضائل القرآن / باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه (٢٢٨/١٦)٠ قال سهل بن سعد رضي الله عنه : «أتت النبي ﷺ امرأة فقالت : إنها قد وهبت نفسها لله ولرسوله ﷺ٠ فقال : «مالي في النساء من حاجة٠»

فقال رجل : زوجنيها

قال : «اعطها ثوبا» قال : لا أجده٠

قال : «اعطها ولو خاتما من حديد» فاعتل له٠

فقال : «ما معك من القرآن ؟ » قال : كذا وكذا٠

قال : «فقد زوجتكها بما معك من القرآن»

وفي كتاب النكاح/ باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح (٣٠٥/١٦) مطولا٠

وعند مسلم - في النكاح / باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن (١٠٤١/٢) مطولا٠

وفي رواية عن زائدة عن أبي حزم عن سهل عنده (١٠٤١/٢) قال : «انطلق فقد زوجتكها، فعلمها من القرآن٠»

وللحديث ألفاظ وطرق أخرى

٤ ـ في نسخة (ب) : «صح»

وروى أن بعض الصحابة رقى رجلا بفاتحة الكتاب بقطيع من الغنم فبلغ رسول الله ﷺ، فلم ينكر عليه.(١)

والرقية طاعة. ولأن العمل الذي شرط عليه معلوم وهو ملكه . فإذا أمكنه التسليم إلى المستأجر بحق العقد صح أخذ الأجر عليه.

١ ـ الحديث : متفق عليه عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه

وهو عند البخاري - في الإجارة/ باب ما يعطى في الرقية على أحياء العرب بفاتحة الكتاب (٩١/١٠)

وفي الطب / باب الرقى بفاتحة الكتاب (٤٠١/١٧)

وعند مسلم - في السلام/ باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار (١٧٢٧/٤، ١٧٢٨)

ولفظ البخاري في الإجارات : «عن أبي سعيد رضي الله عنه قال : «انطلق نفر من أصحاب النبي ﷺ في سفرة سافروها. حتى نزلوا على حي من أحياء العرب، فاستضافوهم، فابوا أن يضيفوهم. فلدغ سيد ذلك الحي فسعوا له بكل شيء. لاينفعه شيء. فقال بعضهم : لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا ؟ لعله أن يكون عند بعضهم شيء ؟ فأتوهم

فقالوا : ياأيها الرهط : إن سيدنا لدغ. وسعينا له بكل شيء لاينفعه. فهل عند أحد منكم من شيء ؟

فقال بعضهم : نعم : والله إني لأرقي. ولكن والله لقد استضفناكم فلم تضيفونا فما أنا براق لكم حتى تجعلوا لنا جعلا. فصالحوهم على قطيع من الغنم

فانطلق يتفل عليه ويقرأ ﴿الحمد لله رب العالمين﴾. فكأنما نشط من عقال. فانطلق يمشي وما به قلبه.

قال : فأوفوهم جعلهم الذي صالحوهم عليه.

فقال بعضهم : اقسموا. فقال الذي رقى : لا تفعلوا حتى نأتي النبي ﷺ فنذكر له الذي كان، فننظر ما يأمرنا.

فقدموا على رسول الله ﷺ فذكروا له.

فقال : «وما يدريك أنها رقية ؟»

ثم قال : «قد أصبتم. اقسموا واضربوا لي معكم سهما.» فضحك رسول الله ﷺ.

وذكر صاحب العمدة عن الأعمش (٩٣/١٠) أن الراقي هو أبو سعيد صاحب الخبر.»

دليله : إذا آجر نفسه لبناء المسجد والرباط وسائر الإجارات(١) ٠

وإنما قلنا : «العمل معلوم» ؛ لأن عمل الحج معلوم وتلك المنافع للعامل (لاحق)(٢) للآمر فيها٠ وأمكنه التسليم إليه بدليل : أن الحج سقط عن الآمر بما فعله المأمور٠ فعلمنا أنه قد حج عنه وناب فيه٠

وكذلك التعليم يصير معلوما بذكر الوقت ويصير مسلما بتسليم نفسه في المدة كما في سائر الإجارات الموقتة٠ وذلك التسليم يقع للآمر؛ لأن الفائدة كانت ترجع إليه لو انتفع بتعليمه وتلقن منه كما في تعليم الأدب وما ليس بقرآن٠

وأما الإجارة على الأذان فقد اختلف فيها مشائخهم(٣) : فمنهم من جوزها ،

ومنهم من لم يجوزه(٤) ؛ لأن الأذان مشروع على كل من يصلي الفرض ولكنه مما يسقط عنه بفعل البعض كما (قيل)(٥) في فروض الكفاية٠

فإذا أتى بنفسه قبل غيره صار مؤديا ما عليه في الشرع ولم يصر نائبا عن غيره، فلم يصح الأجر عليه، لا لكونه طاعة، ولكن لعمله لنفسه٠

ولأن فائدة الأذان كثرة الجماعة وإقامة الصلاة بسنّةٍ، وهذه الفائدة تحصل له أولا ثم لغيره تبعا له٠ لا أن يحصل للآمر٠

١ ـ في العبارة حذف وتقديره : «فيجوز أخذ الأجر على عمله٠»

٢ ـ في نسخة (أ) : «لا لاحق»

٣ ـ أى٠مشائخ الشافعية٠

٤ ـ قال في المهذب (٦٦/١) في جواز الإستئجار على الأذان : «فيه وجهان :
أحدهما : لايجوز٠ وهو اختيار الشيخ أبي حامد الاسفرايني - رحمه الله؛ لأنه قربة في حقه فلم يستأجر عليه كالإمامة في الصلاة٠
والثاني : يجوز ؛لأنه عمل معلوم يجوز أخذ الرزق عليه، فجاز أخذ الأجرة عليه كسائر الأعمال٠

٥ ـ غير موجود في نسخة (ب)

وكذلك الجهاد من فروض الكفاية، فإذا أقامه بنفسه صار مؤديا ما عليه لله، ولأن الحكمة فيه نصرة دين الله وإعلاء كلمة الله، وذلك يحصل له بحق دينه، لا أن يكون الفائدة لغيره بجهاده،

فأما المقصود من التعليم علم المتعلم، وذلك يحصل للمتعلم لا له،

وكذلك المقصود من الحج سقوط الفرض وإنما يسقط عن الآمر لاعنه،

لامعنى لقولكم : «إن التعليم من فروض الكفاية» ؛ لأن الفرض هو الدعوة والبلاغ، والتعليم عمل زائد على هذا،

ألا ترى أن الإبلاغ إنما يكون بلسان القوم وبألسنتهم بلغ رسول الله، وتعليم القرآن لايكون إلا بما أنزل، ألا ترى أن النبي ﷺ بلغ الناس كافة ولم يعلم، حتى أن الدعوة لاتصح من الكافر والتعليم حرفا فحرفا يصح من الكافر فيجوز له أخذ الأجر عليه،

وتبين بتصور التعليم من الكافر أنه ليس يقع طاعة (من الفاعل)(١) كبناء الرباط والمساجد،

وكذلك قلتم في الإجارة على الحج: «إنها فاسدة، وإذا حج المأمور استحق أجر المثل» وأجر المثل عندكم لايجب إلا بحكم العقد على العمل بدلا عما يجب في الصحيح منه على سبيل المعاوضة،

وكذلك قلتم إذا خالف المأمور أمره : «ضمن له ما أخذ منه» ولو كان العمل للعامل حال الوفاق لما ضمن حال الخلاف،

١ ـ في نسخة (أ) : «للفاعل»

واحتج علماؤنا بما روى عن رسول الله أنه قال لمرداس المعلم : «إياك و (الخبز)(١) الرقاق والشرط على كتاب الله»(٢) فنهاه عن أخذ الخبز الرقاق ولم يظهر له سبب إلا كونه معلما، فوجب حمل النهى عليه، ولا ينهى إذا أخذ من غير شرط، لم يبق للنهي محمل إلا أن يأخذ بشرط،

أو نقول : ظاهر النهي دليل على أن الأخذ بسبب التعليم حرام في كل حال إلا حالا خصت بدلالة،

والثاني أنه نهاه عن الشرط على كتاب الله تعالى، وشرط الأجر شرط على كتاب الله،

وعن أبي بن كعب(٣) أنه أقرأ الطفيل بن عمرو الدوسي(٤) سورة/ فأعطاه قوسا، [٣٩٨أ]

١ ـ في نسخة (ب) «خبز»

٢ ـ حديث مرداس المعلم

ذكره الحافظ ابن حجر العسقلاني في كتابه الإصابة نقلا عن أبي زيد الدبوسي مؤلفنا رحمه الله فقال :

«مرداس المعلم : ذكره أبو زيد الدبوسي في كتاب الأسرار بغير سند فقال : مر النبي ﷺ بمرداس المعلم فقال : «إياك والخبز الرقاق والشرط على كتاب الله تعالى» ثم أضاف قائلا : «وهذا لم أقف له على اسناد إلى الآن»

(راجع الإصابة ٤٠١/٣)

وذكره أيضا الإمام السرخسي في المبسوط (٣٧/١٦) بدون سند فقال : «وقال ﷺ لمدرس المعلم : «إياك والخبز الرقاق والشرط على كتاب الله تعالى»

قوله : «لمدرس المعلم» تصحيف من الناسخ على ما أظن؛ لأن الكتاب المطبوع ملىء بمثل هذه التصحيفات،

٣ ـ أبي بن كعب بن قيس بن عبيد بن زيد بن معاوية بن عمرو بن مالك بن النجار الأنصاري النجاري أبو المنذر وأبو الطفيل سيد القراء،

كان من أصحاب العقبة الثانية وشهد بدرا والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ كان أحد فقهاء الصحابة رضوان الله عليهم وقرائهم، كان يكتب لرسول الله ﷺ الوحي مات رضي الله عنه في خلافة عمر، وقيل : في صدر خلافة عثمان

(الاستيعاب ٤٧/١-٥٢ والإصابة ١٩/١-٢٠)

٤ ـ الطفيل بن عمرو بن طريف بن العاص الدوسي

أسلم وصدق رسول الله ﷺ بمكة، ثم رجع إلى بلاد قومه من أرض دوس،=

فقال رسول الله ﷺ : «أتحب أن يقوسك الله بقوس من نار؟»

فقال : لا

فقال : «اردد عليه قوسه»(١)

وليس يجب الرد إذا أعطاه هدية، فعلم أنه كان أعطاه أجرة، إذ ظاهر الحديث يوجب الرد بسبب إقرائه السورة فيجب الحمل عليه ما أمكن،

= فلم يزل مقيما بها حتى هاجر رسول الله ﷺ ثم قدم على رسول الله ﷺ وهو بخيبر بمن تبعه من قومه، فلم يزل مقيما مع رسول الله ﷺ حتى قبض صلى الله عليه وسلم، ثم كان مع المسلمين حتى قتل باليمامة شهيدا،

كان سيدا شاعرا كثير الضيافة مطاعا في قومه وحسن إسلامه وأسلم على يده كثير من قومه،

(الاستيعاب ٢/٢٣٠-٢٣٥ والاصابة ٢/٢٢٥-٢٢٦)

١ ـ الحديث :

أخرجه ابن ماجة - في التجارات / باب الأجر علي تعليم القرآن (٢/٧٣٠) عن عطية الكلاعي عن أبي بن كعب قال : علمت رجلا القرآن، فأهدى إلى قوسا، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال : «إن أخذتها أخذت قوسا من نار» فرددتها،

فلم يذكر فيه الطفيل بن عمرو الدوسي،

قال في الزوائد : «إسناد مضطرب، قاله الذهبي في الميزان في ترجمة عبدالرحمن بن مسلم، وقال العلاء في المراسيل : عطية بن قيس الكلاعي عن أبي بن كعب مرسل»

وبمعناه حديث عبادة بن الصامت رضي الله عنه ولفظه أقرب الى ما ذكره المؤلف رحمه الله،

أخرجه أبو داود - في البيوع/ باب كسب المعلم (٥/٦٩) : فقال عبادة بن الصامت «علمت ناسا من أهل الصفة الكتاب والقرآن، فأهدى إلى رجل منهم قوسا، فقلت ليست بمال، وأرمي عليها في سبيل الله عز وجل، لآتين رسول الله ﷺ فلأسألنه، فأتيته، فقلت : يارسول الله! رجل أهدى إلى قوسا ممن كنت أعلمه الكتاب القرآن، وليست بمال وأرمي عنها في سبيل الله،

قال : «إن كنت تحب أن تطوق طوقا من نار فاقبلها»

قال المنذري : «في اسناده المغيرة بن زياد أبو هاشم الموصلي، وقد وثقه الموصلي ويحيى ابن معين وتكلم فيه، وقال الإمام أحمد : ضعيف الحديث، حدث بأحاديث مناكير،=

وعن عثمان بن أبي العاص الثقفي(١) أنه قال : «آخر ما عهد إلى رسول الله ﷺ أن أصلي بالقوم صلاة أضعفهم، وأن لا أتخذ مؤذنا يأخذ على الأذان أجرا.»(٢)

= وكل حديث رفعه فهو منكر. وقال أبو زرعة الرازي : لايحتج بحديثه.»

وأخرجه أيضا ابن ماجة - في التجارات / باب الأجر على تعليم القرآن (٧٣٠/٢) والحاكم في المستدرك - في كتاب معرفة الصحابة / باب مناقب عبادة بن الصامت (٣٥٦/٢) وقال : هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.» ووافقه الذهبي

وأخرجه أبو داود أيضا بطريق آخر - في البيوع/ باب كسب المعلم (٧١/٥) وقال المنذري : «وفي هذه الطريق بقية بن الوليد وقد تكلم فيه غير واحد»

وأخرجه الحاكم في المستدرك في الفضائل / باب ذكر مناقب عبادة بن الصامت (٣٥٩/٣) وقال : «حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.» ووافقه الذهبي.

١ ـ عثمان بن أبي العاص بن بشر بن عبد بن دهمان بن عبدالله بن همام الثقفي أبو عبدالله نزيل البصرة.

أسلم في وفد ثقيف، فاستعمله رسول الله ﷺ على الطائف فلم يزل عليها حياة رسول الله ﷺ وخلافة أبي بكر وسنتين من خلافة عمر رضي الله عنهم أجمعين. ثم استعمله عمر على عمان والبحرين سنة ١٥هـ ثم سكن البصرة حتى مات بها في خلافة معاوية رضي الله عنه (الاستيعاب ٩١/٢-٩٢ والاصابة ٤٦٠/٢)

٢ ـ الحديث : أخرجه أصحاب السنن الأربعة بطرق مختلفة :

فأبو داود - في الصلاة / باب أخذ الأجر على التأذين (٢٨٥/١)

والترمذي . في الصلاة / باب ما جاء في كراهية أن يأخذ المؤذن على الأذان أجرا (٤٠٩/١-٤١٠) ثم قال : «حديث عثمان حديث حسن صحيح.»

والنسائي - في الأذان / باب إتخاذ المؤذن الذي لايأخذ على أذانه أجرا (٢٣/٢)

وابن ماجة - في الأذان / باب السنة في الأذان (٢٣٦/١)

وأخرجه أيضا أحمد في سنده (٢١٧/٤)

والحاكم في المستدرك / في كتاب الصلاة/ باب الأمر بإتخاذ المؤذن لايأخذ على أذنه أجرا (١٩٩/١) وقال : «على شرط مسلم ولم يخرجاه.»

والعهد إنما يكون بأمر ونهى، والنهي للتحريم، وعند من يجيزه لاحرمة،

فأما حديث التزويج بما معه من القرآن فقد مر جوابه في كتاب النكاح(١)

وأما حديث الرقية، فتأويله عندنا : أن القوم كانوا كفارا؛ لأنه روى في قصته : أن الصحابة سألوهم القرى(٢) فأبوا، ولم يكن بين المسليمن يومئذ من الحال مايمنع بعضهم البعض القرى في السفر وضرورة الحال، ولأنه روى أن سيدهم لدغ فطلبوا راقيا من الصحابة فأبوا إلا بأجر، وكان فيهم أبو سعيد الخدري(٣) ، فضمنوا قطيعا من الغنم، فذهب أبو سعيد ورقى، ولا نظن بأبي سعيد أنه أمتنع عن رقية مسلم، ولأن الرقية لم تكن معلومة ولا القطيع، فثبت أنه لم يكن إجارة صحيحة في الشرع ولكن كان حيلة لأخذ مال الحربى بسبب تراضوا عليه، وذلك يجوز عند أبي حنيفة ومحمد(٤) .

١ ـ راجع مسألة مقدار المهر (لوحة ٢٠٠ من نسخة سراي أحمد الثالث)

قال فيها : «النبي عليه السلام زوج رجلا امرأة بما معه من القرآن، وتأويله عندنا لما معه تطيبا لقلبها، فإنها كانت وهبت نفسها لرسول الله ﷺ، وكذلك طلب من الزوج شيئا يصدقها أن يجعل لها؛ لأنها الإيجاب لا يفتقر إلى الإحضار بدلالة أن المذهب عندنا : أن الإجارة على تعليم القرآن لايصح، وعين القرآن لايصلح مهرا،

ولأنه إذا جاز له أن يريد تعليم القرآن ويكون ضربا من المجاز، جاز لنا أن نحمل إليها على اللام مجازاً ولأن الإجارة على تعليم ما معه لا يجوز بالإجماع، لأنه مجهول.

ولأن عين التعليم لايستحق بالإجارة وإنما يستحق تسليم النفس، فإن التعليم لايكون إلا بعلم الملقن، وليس في وسع المعلم ذلك»

٢ ـ القِرَى : مصدر من قَرَيْت الضيف قِرًى وقَرَاءً : إذا أضافه وأحسن إليه .

(الصحاح ٢٤٦١/٦ ولسان العرب ١٧٩/١٥)

٣ ـ راجع ص : ٣٣٥تخريج الحديث

٤ ـ سبق الكلام في ذلك في نهاية كتاب الصرف راجع ص : ٢٢١ و ما بعدها .

وروى أن النبي عليه السلام قال لهم : «اضربوا لي فيها بسهم٠» ولو كان التملك بحكم الأجرة لما كان لرسول الله ﷺ سهم٠

وفي حديث (عثمان بن أبي العاص الثقفي)(١) : «أمرني رسول الله ﷺ أن لا أتخذ مؤذنا يأخذ على الأذان أجرا٠» والأمر على الوجوب

وأما المعنى فعلى أحد وجهين :

إما أن يقال : إن العامل أجر نفسه لعمل واجب عليه قبل العقد لله٠ أو أجر نفسه لعمل لاتجرى فيه النيابة، وعلى أيهما كان لايصح؛ لأنه لابد لصحتها من أن يقع العمل للآمر وينتقل إليه، وأن لايكون على العامل مستحقا عليه قبل العقد٠ بل يكون الاستحاق للآمر بالعقد٠

والدليل على ذلك وجهان :

أحدهما : من حيث معرفة العمل٠

والثاني : من حيث الحكم٠

فأما الذي من حيث العمل : فإن عمل الحج بدنى(٢) من وقوف وطواف وما يتعلق بعين منفعة البدن لم تجز فيه النيابة بمنافع غيره كالصلاة والصوم، وكذلك باب الإجارة في الأبدان لايقوم فيها غيره مقامه كأجير الوحد٠

فأما أجير المشترك كالمعقود عليه خياطة الثوب لا منافع بدنه٠

١ ـ المكتوب في نسخة (أ)، (ب) : «قدامة بن مظعون» وهو خطأ والصحيح ما اثبتناه بدليل ما سبق خلال بيان أدلة علماء الحنفية من ذكر اسم عثمان بن أبي العاص رضي الله عنه (راجع ص ٣٤٠) وبما ورد في كتب الحديث (راجع تخريج الحديث ص٣٤٠)

٢ ـ ذلك الشق الأول من حيث معرفة العمل ٠

والثاني : إن العمل عبادة لله في أصله وهو الحج، والمطلوب من العبادة ابتلاء الله عباده بفعلها ليمتاز الصادق بتحمل المشقة بالعمل من الكاذب، وهذه الحكمة تفوت بالنيابة؛ لأن المشقة لاتلحق الآمر بوجه بخلاف المالي ؛ لأن الابتلاء فيه بنقصان المال بالصرف إلى حيث أمر، وذلك النقصان يحصل بفعل النائب بأمر،

والثالث : إن عمل العبادة طاعة لله على ما أمر به، والطاعة لله فرض دائم لاتحل معصيته بحال ، فكان صرف العمل من العبد إلى ما هو طاعة لله صرفا إلى وجه مستحق عليه لله بحق العبودية عليه لله قبل الإجارة، فلم يجز أخذ البدل عليه، وإنما جعل الله له أن (يصرفه)(١) إلى ما ليس بعبادة لمصالحه فحينئذ يصير له بقدر ما فك الله عنه، وأما بقدر ما بقي مستحقا عليه لله فلا، ولا يجعل العبد مالك نفسه كما قال الشافعي في الجهاد(٢) وكما قالوا في المكاتب : أنه بمنزلة العبد فيما لم يدخل تحت الفكاك(٣) ،

والدليل على أن العمل منه لايقع إلا طاعة لله أنه متى لم يكن من أهل الحج لم يصح نائبا ، وكذلك متى لم يأت بشرائط العبادة على ما نبينها،

وكذلك تعليم القرآن؛ لأن التعليم لايكون إلا بالقراءة، قراءة القرآن في أصلها ما شرعت إلا تعظيما لله، فإنه كلامه فيكون فى قراءته تعظيمه(٤) ، وفي تعظيمه تعظيم لله، وذلك طاعة، واذا كان أصلها مشروعا طاعة والإجارة وقعت عليه(٥) لم يجز كما في الحج والصلاة،

١ ـ في نسخة (ب) : «يصرف»

٢ ـ يرجع روضة الطالبين ١٨٧/٥ ومغنى المحتاج ٣٤٤/٢

٣ ـ راجع المهذب ١٥/٢

٤ ـ أى تعظيم كلام الله سبحانه وتعالى

٥ ـ أى على اصل الطاعة،

فأما إذا لم يقصد بالقرآن التعظيم بل أراد أخذ الأجر عليه فخرج عن حكم أصله بفساد نيته كما تخرج الصلاة عن العبادة بقصد المراءآت، والكلام ليس فيما يتغير بفساد القصد بل فيما يتناوله مطلق الاسم، دل عليه : أن تعليم القرآن أو تعظيم الدين إظهار الدين وكان أبلغ من الجهاد بالسيف؛ لأن فيه إظهارا من حيث العيان، وفي التعليم إظهار من حيث الحقيقة ومعرفة القلوب، والأصل هذا لا ذاك،

فلما كان الجهاد فرضا من فروض الكفاية على المسلمين وإن كان يحصل بالكافر(١) فلأن يكون (التعليم)(٢) نفسه فرضا أولى وإن حصل بالكافر،

وهذا، لأن فرض الكفاية يسقط بوقوع الكفاية وإن لم تقع الكفاية بما هو عبادة كالسعي الى الجمعة والوضوء على ما عرف، إلا أن قبل التعليم(٣) الإبلاغ واجب، والدعوة ليعلموا بالرسالة (بحجتها)(٤) فيجيبوا ثم يتعلموا، فرسول الله ﷺ علم الحاضرين، فإن القرآن أخذ منه وبلغ الغائبين وعلم، من أجاز بالنائب، فإنه كان من فروض الكفاية، وما يجب التعليم إلا بعد (الإجابة)(٥) للدعوة، والدعوة والإبلاغ كانا فرضا عليه الى الناس أجمع ففعل /، والتعليم لم يكن فرضًا إلا [٣٩٨ب] لمن أجاب، فلذلك جاز وفاته قبل التعليم على العموم،

١ ـ والأنسب أن يقال : دفع الكافر قد يحصل بالكافر» أو أن يقال : «حربه» بدلا من «الجهاد» لإعتبار معناه الاصطلاحي، والله أعلم،

٢ ـ في نسخة (أ) : «العلم»

٣ ـ في نسخة (أ) : «التعلم»

٤ ـ في نسخة (ب) : «لحجتها»

٥ ـ في نسخة (ب) : «الإجارة»

وأما من حيث الحكم : فاشتراط شروط صحة الأدلاء على العامل كالنية التي بها تصح العبادة لله تعالى ولو كان العمل ينتقل الى الآمر ويصير مؤديا بعمله، لشرطت النية عليه كما في باب الزكاة والأضحية.

والثاني : شرط المؤدي أن يكون من أهل الأداء بنفسه لنفسه ولو لم يصر مؤديا لنفسه لما شرط قيام الأهلية فيه كما في أداء الزكاة فإنه يتأدى بوكيل كافر، وكذلك الأضحية يتأدى بالكتابي.

ولايشكل قولنا : «إنه لا يتأدى بالمجوسي»؛ لأن المجوس ليس من أهل الزكاة كالمسلم في حال (من)(١) يترك التسمية عمداء فالتضحية لابد فيها من تذكية شرعية، وهي العمل ثم يصير عبادة بالنية لمن هو أهل العبادة، والنية والأهلية (لاتشترطان)(٢) في الذابح بل في الآمر.

وفي مسألتنا (تشترطان)(٣) في الحاج دون الآمر.

والثالث : إن الآمر إذا أبرأ من مرضه بعدما أدى الفاعل لزمه القضاء، ولو صح الأداء بالبدل لكان لايجب القضاء بالقدرة على الأصل كمن أدى الصلاة بتيمم ثم قدر على الوضوء أو أدى الكفارة بصوم ثم قدر على العتق.

فان قيل : إن الحج فيه معنى لإبتلاء البدن بتلك (المشاق)(٤) وتعظيم البقعة بالزيارة، ومعنى الإبتلاء يتعلق به ولا يحتمل النيابة على ما قلت. وتعظيم البقعة يحصل بالنائب كنقصان المال في باب الزكاة يحصل بالنائب. فإذا عجز عن الفعل بنفسه إكتفى بالنائب.

١ ـ في نسخة (أ) : «ما»

٢ ـ في نسخة (أ) : «لاتشرطان»

٣ ـ في نسخة (أ) : «تشرطان»

٤ ـ في نسخة (أ) : «التقاب»

ومعنى تعظيم البقعة دون الإبتلاء ببدنه ووقع العمل عن الفاعل من حيث الإبتلاء دون تعظيم البقعة فشرطت النية على العامل لمعنى الإبتلاء وشرط كونه من أهله وسقط عن الآمر الحج من حيث تعظيم البقعة وجوز بالأدنى، فإذا قدر لزمه الإعادة، لأنه من حيث الإبتلاء كان عليه، فالحج بين الزكاة والصلاة وأخذ الأجر يجوز بقدر ما ينوب لابقدر ما يفعل عن نفسه،

وكذلك تعليم الدين من حيث أنه لدين الله وإعلاء كلمة الله، لايحتمل النيابة، ومن حيث أنه هداية العبد فمما تجرى النيابة فيه فيجوز الأجر من حيث صحة النيابة لا من حيث لم تصح،

قلنا : إن الحج عبادة خالصة لله، وهو من الأركان الخمس ، وكذلك تعليم الدين على ما مر،

وإذا كان كذلك كان جل المطلوب منه تعظيم الله، وابتلاؤنا بها(١) على مخالفة هواء أنفسنا لا تعظيم البقعة التي هي غير الله، إذ لو جعل هذا التعظيم مقصودا صار شركة، والشركة تبطل العبادات، فثبت أن تعظيم البقعة يقع تبعا لتعظيم الله بأن علق تعظيم الله في طاعته على أمره ببقاع مخصوصة ليظهر بذلك التعلق فضلها على سائرها،

واذا كان كذلك لم يجز تعليق جواز الإجارة بما هو تبع، فإنه يتبع متبوعه صحة وفسادا، ومتى صار مقصودا لم يكن تبعا، ومتى لم يكن تبعا وهو غير الله لم يكن المفعول عبادة، والواجب على الآمر عبادة فلا ينوب ماليس بعبادة عما هو عبادة،

١ ـ أى بالبقعة المقدسة التي تتعلق بها أركان الحج،

وكذلك تعليم الدين واجب لإشاعة الدين وإظهاره حقا لله،

ومعنى اهتداء المتعلم فيه تبع، ألا ترى أنه تجب الدعوة والتعليم مع العلم بأنه لايتعلم ولا يجب كما في حق أبي جهل(١) وأبي طالب(٢) وفرعون وهامان(٣)

١ ـ أبو جهل اسمه عمرو، وكان يكنى أبا الحكم، هو ابن هشام بن المغيرة بن عبدالله بن عمر ابن مخروم، كان أشد الناس عداوة للرسول ﷺ والاسلام واستمر على عناده، يثير الناس على رسول الله ﷺ وأصحابه، لايفتر عن الكيد لهم والعمل على إيذائهم حتى كانت وقعة بدر الكبرى فشهدها على رأس المشركين فكان من قتلاها،

(السيرة النبوية لابن هشام ٢٦٥/١، ٦٣٤-٦٣٦، والسيرة النبوية للندوى ١٨٥-١٨٦) والأعلام (٨٧/٥)

٢ ـ أبو طالب : اسمه عبد مناف بن المطلب عم رسول الله ﷺ من أب وأم وكافله ومربيه ومناصره، والد علي وجعفر رضي الله عنهما، كان من أبطال بني هاشم ورؤسائهم ومن الخطباء العقلاء، فدعاه النبي إلى الإسلام فامتنع خوفا من أن تعيره العرب بتركه دين آبائه ووعد بنصرته وحمايته، نزلت فيه الآية ﴿إنك لاتهدي من أحببت ولكن الله يهدي من يشاء وهو أعلم بالمهتدين﴾ (سورة القصص - ٥٦)، توفي العام العاشر من النبوة، كانت وفاته ووفاة خديجة رضي الله عنها في عام واحد،

(السيرة النبوية لابن هشام ١٠٨/١-١٠٩، ٤١٦/١-٤١٨ والسيرة النبوية للندوى ص : ١٢١ وإرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم لأبي السعود ١٩/٧ وأنوار التنزيل وأسرار التأويل للبيضاوي ١٣٠/٤، والأعلام ١٦٦/٤)

٣ ـ هامان : هو وزير فرعون، مر ذكره في القرآن الكريم في سورة القصص - ٦-٨ - ٣٨، وفي سورة العنكبوت - ٣٩ وفي سورة غافر ٢٤-٣٦،

وهو الذي قال له فرعون : ﴿ياهامان ابن لي صرحا لعلي أبلغ الأسباب﴾ (سورة غافر - ٣٦) استمر مع فرعون على الكفر والعناد والخطأ، (راجع الآيات المذكورة وتفسيرها)

فإن قيل : فكيف يسقط الحج عنه بفعل النائب ؟

قلنا : إنا لانقول إن الآمر يصير مؤديا للحج على الحقيقة بحج النائب كما في باب الزكاة ، بل نقول :إن ثواب عمل المأمور لما انتقل إليه بأمره وإعطائه النفقة فإنها مال تجرى فيه النيابة، ونية الفاعل عنه اجتزأ عنه حال العجز بثواب عمل الغير من غير عمل، وإذا قدر بعد ذلك لزمه العمل ؛ لأن المعلق بالضرورة (يزول)(١) بزوال الضرورة كحل الميتة عند الضرورة(٢) ، فإنها لا تصير ذكية بالضرورة، ولكن تحل وهي ميتة لدفع الضرورة (فتقدر)(٣) بقدرها، ويجوز في الشرع وقوع حكم عمل الغير للغير كمن يتصدق عن الميت بغير أمره، ويحج الرجل عن أبيه بعد موته بغير أمره فإنه يجوز إن شاء الله(٤) .

وكذلك التكفير إلا أن محمد بن الحسن قرر بالمشيئة إذا كان بغير أمره؛ لأن الواجب كان على الميت فلا يجب القبول من غيره إلا بمشيئته إذا كان بأمره كان القبول حقا كمن أدى دين غيره، فإن صاحب الحق إن شاء قبل إذا كان بغير أمره (وإن شاء لا)(٥) ، وإذا كان بأمره حقا عليه القبول، فكذلك في حق الله، ومتى قبل بغير أمر قام هذا المال مقام الدين في حق صاحب الدين

فأما في حق من عليه فلا يقوم أداؤه مقام أدائه،بل يكون له حكم الأداء

١ ـ في نسخة (ب) : «فيزول»

٢ ـ لقوله تعالى : ﴿إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن أضطر غير باغ ولا عاد فلا أثم عليه إن الله غفور رحيم﴾ (سورة البقرة - ١٧٣)

٣ ـ في نسخة (ب) : «فتتقدر»

٤ ـ وللمزيد من المعرفة في ذلك راجع المسك المتقسط في المنسك المتوسط لعلى القارىء ص :٢٨٦ وما بعدها وص :٣٠٦

٥ ـ ساقط في نسخة (أ)

من البراءة عن الواجب، والثواب كما في أداء الكتابة عن المكاتب بغير أمره تكون له البراءة، والعتق الذي هو حكم الأداء بلا أداء منه لثبوت الأداء في حق صاحب الدين، وإذا جاز مثله بغير أمر جاز البراءة والثواب إذا كان بأمر وإن لم يصر مؤديا على أن ثواب ما أعطى من النفقة ثواب بأداء،

وإذا كان ذلك جائزا بغير أمر في حقوق الله تعالى والنبي عليه السلام شبه حقوق الله بحقوق العباد في القضاء، وكان أجوز فيما إذا كان بأمر وهو سقوط الحج واستحقاق حكم الأداء من الثواب بغير أداء حصل على الحقيقة كان القول به قياسا، إلا أن الله تعالى علق هذا السقوط على الخمر بحال الضرورة تقدر بها ولم يثبت حكمه إذا زالت الضرورة فأمر بالأداء على الحقيقة إذا/ قدر عليه، لولاه لما لزمه [٣٩٩أ] القضاء كما إذا أدى الزكاة بالنائب ثم قدر بنفسه، وكما لو أدى الصلاة بالتيمم ثم قدر على الماء أو الكفارة بالصوم ثم قدر على العتق،

وكان هذا على مثال من قضى الصوم بالفدية لعجزه ثم قدر، فإن عليه القضاء؛ لأن الفدية ليست ببدل مطلق عن الصوم لعدم معنى ابتلاء الصوم فيها، بل أقيم مقامها في حق الثواب والسقوط بلا أداء للضرورة، فيقدر بقدرها بخلاف صوم الكفارة؛ لأنه ليس ببدل عن نفس العتق، بل الصوم يسقط عنه الكفارة التي لزمته ويطهره عن الإثم الذي ارتكبه، لا أن يسد مسد العتق، فالعتق سقط بالعجز، فإنه ما شرع إلا بشرط القدرة كالصلاة (قائما)(١) يسقط بالعجز ولا يكون قاعدا بدلا عنها بل هي أصل الواجب لكنها في حال العجز فتكون البدلية بينهما في حال الوجوب لا في الواجب، وبين الصوم والفدية بدلية في الواجب،

١ ـ في نسخة (ب) : «فإنما»

فلذلك شرطنا في البدل معنى الأصل ليقوم مقامه، ومتى لم يجد لم يقم وإبرائه عن الأصل بلا أداء كما (إذا)(١) أبرأنا عنه بأداء الغير على ما مر، وإذا ضمن(٢) النفقة إذا خالف؛ لأنه أعطاه النفقة ليكون له ثواب حجته ويبرأ عماعليه بفعله على ما مر، (فمتى) (٣) خالفه لم يبرأ، لم يحصل الثواب له، فضمن ما أعطاه لفوت الإذن بالإتفاق حال الخلاف ، وصار كأنه أخذها بغير إذن،

وأما إذا فسدت الإجارة فلا يجب أجر المثل عندنا، ولكن نفقة مثله، نص عليها في كتاب المناسك، وتقدير النفقة على تقدير الأجرة،

وهذا كله بخلاف بناء المساجد والرباطات؛ لأنها في الأصل ليست بعبادة، بل هي عمارة الدنيا، ألا ترى أنه يصح من غير نية خالصة لله،

ألا ترى أن المقصود بذلك عمارة الثغر(٤) أو عمارة المسجد وهما لغير الله، فلا يكون فعلها وهي لغير الله عبادة لله تعالى، وإنما يحصل له ثواب المستبنى لما هو (عمارة)(٥) ؛ لأن عمارة المسجد تسبيب للصلاة وللجماعة،

١ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ ـ أى وكما إذا ضمن

٣ ـ في نسخة (أ) : «فهي»

٤ ـ الثغر : موضع المخافة من فروج البلدان،

وهو في الأصل : كل فرجةفي جبل أو بطن واد أو طريق مسلوك،

قال في اللسان (١٠٣/٤) : «الثغر : الموضع الذي يكون حدا فاصلا بين بلاد المسلمين والكفار، وهو موضع المخافة من أطراف البلاد»

(يرجع الى الصحاح ٦٠٥/٢ ولسان العرب ١٠٣/٤ والمصباح المنير ٨١/١)

٥ ـ في نسخة (ب) : «عبارة»

وكذلك بناء الرباطات على الثغور تسبيب للذب عن الإسلام والمسلمين، وفي البلاد تسبيب لإقامة مصالح الناس، والإنسان يثاب على مثله كما يثاب على السعي الى الجمعة، وهو ليس بعبادة في نفسه وسقط بما ليس بعبادة.

ألا ترى أن هذه العمارات تتأدى بمن ليس من أهل العبادة سواء عمل بأمر أو بغير أمر.

وإذا استأجر له غيره وقع العمل من العامل على حسب ما يقع لو بنى له بناء عليه، ثم يكون عبادة للآمر بالانتقال إليه. كأنه بنى (بنفسه)(١) على نية الخير.

وكذلك يثاب الإنسان على نفقة ولده، وولد ولده وليست بعبادة في أصلها. بل ميزة لمخلوق. وحتى صح(٢) من الكافر ولزمه. ولكن مع هذا إذا فعلها أثبت عليه إذا كان من أهل الثواب من حيث أنه إحسان، والله قد أمره بذلك، فمن حيث يصير مطيعا ربه بالشروع فيه يثاب عليه، لا من حيث الأداء، والمقصود بالأداء، (فذلك)(٣) يحصل بغير الله.

فكذا أمر العمارات التي هي مأمورات الشرع. وكان معنى العبادة في هذه الأبواب كمعنى النفقة في الحج وهداية المتعلمين في باب تعليم الدين والحج.

— * —

١ ـ في نسخة (ب) : «لنفسه»

٢ ـ أى صح الإنفاق

٣ ـ في نسخة (ب) : «فكذلك»

مسـألة

[الخلاف في حكم بيع لبن المرأة]

بيع لبن بنات آدم لايجوز عندنا(١)

وعند الشافعي يجوز(٢) ؛ لأنه لبن طاهر، فيجوز بيعه كلبن أو مشروب حلال، فيجوز بيعه كالعصير.

وهذا؛ لأن البيع يرد على المال. وهو اسم لما خلق لمصالحنا وقوامنا. والشرب ركن في القوام. فدل حل الشرب عادة وشريعة على أنه مال. ولأنه عين تستحق بعقد الإجارة تبعا للمنفعة، فيقبل البيع قصدا من طريق الأولى كالخيط لما استحق بالإجارة تبعا للخياطة قبل البيع. وكذلك الصبغ والحبر.

وهذا، لأنه لما استحق بعقد الإجارة تبعا للمنفعة - والإجارة تبع المنفعة - علم أنه أقبل للبيع الموضوع للأعيان.

ولا معنى لقولكم : إنه لما استحق بالإجارة علم أنه أجرى مجرى المنافع، فلا يجوز بيعها ؛ لأن المنافع يجوز بيعها إذا أعلمت. إنما لايجوز مطلقة لجهالتها ؛ لأنها تحدث في الوقت. ولا يعلم إلا بذكر الوقت.

ولأن الإجارة ترد على عمل الإرضاع، إلا أنه لايتصور إلا بلبن فيدخل تبعا ووصفا للعمل لا أصلا. وحين يباع يباع وهو أصل كالخيط والصبغ والحبر على ما ذكرنا.

١ ـ يرجع الى المبسوط ١٢٥/١٥ وبدائع الصنائع ١٤٥/٥ وفتح القدير لابن الهمام ٦١/٦

إن المؤلف رحمه الله ذكر هذه المسألة أيضا في كتاب البيوع.

راجع ٢٥٦/١ .

٢ ـ روضة الطالبين ٣٥٣/٣، ١٦/١

إلا أنا نقول : إنه جزء ومتولد من الآدمي فلا يكون مالا في أصله قياسا على لحم الآدمي وعلى شعره وعظمه، وما لايكون مالا لا يجوز بيعه لاشك فيه،

وهذا ، لأن الآدمي خلق محترما مالك المال، والمال خلق له بذلة ولإقامة مصالحه، فلم يجز أن يجعل هو بنفسه مالا وقد خلق محترما مالك المال، فصار أول حد المال : أن لا يكون جزءا من الآدمي بل يكون غيره ويصلح لانتفاعه به (فيتموله)(١) لطلب صلاحه منه، فيكون مالا،

ألا ترى أن شعره طاهر ولا يجوز أن يبتذل ويباع(٢) ، فكذلك لبنه،

فإن قيل : إن ما زايله يسقط عنه حكم الآدميين فجاز أن يصير مالا بدلالته،

قلنا : لمعنى أنه كان منه ووصفا له قبل المزايلة لم يكن مالا احتراما له، وإذا لم يكن مالا قبل المزايلة لم ينفصل إلا كذلك، فإن الانفصال لا يوجب إلا المباينة، ففيما وراء هذا الوصف يبقى على ما كان، وعكس هذا لبن البهيمة وشعرها.

ولايلزم على هذا لبن الأمة(٣) /؛ فإنها مال، ولا يجوز بيع لبنها ؛ لأنها لم تكن [٣٩٩ب] مالا في الأصل، وإنما صارت مالا بعارض الرق حتى إذا زال الرق بالعتق لم تكن مالا، فكذلك صفة المالية تثبت لأجزائه مع الرق، و(اللبن)(٤) لارق فيه،

١ ـ في نسخة (ب) : «فيتمول»

٢ ـ راجع أيضا المبسوط ١٢٥/١٥

٣ ـ جواب عن إشكال مقدر وهو أن يقال : إن الأمة مال يجوز بيعها ولبنها يتبعها في المالية قبل انفصاله منها، وبعد المزايلة ينبغي أن يبقى هذا الوصف على ما كان، ومع ذلك أنتم قلتم بحرمة بيع لبنها أيضا في ظاهر الرواية (راجع الهداية ٦١/٦)

٤ ـ المكتوب في نسخة (أ) و (ب) : «الذي» والتصحيح من قول المؤلف بعد قليل حيث قال : «وإنما قلنا : لارق في اللبن» ومن مقابلة نسخة (ب)

وكذلك الشعر المفصول فلم يكن مالا بدون الرق كالأصل، وإنما قلنا : «لارق في اللبن» ؛ لأنه موات بعد الأنفصال بلا إشكال والموات لايتصف بالرق والعتق، ألا ترى أن الأصل لو مات لم يوصف برق ولا عتق على ما عرف في موضعه،

وهذا بخلاف منافع الآدمي؛ لأنها ليست بأعيان ولا من جنس الآدمي، بل هي أعراض وهي غير الأجسام، ولما كانت غير الآدمي وتقوم به مصالحه كانت أموالا كالأعيان التي هي غيرنا ولم يتولد منا ويقوم به مصالحنا عرفا وشرعا،

فإن قيل : وكذلك اللبن بمنزلة منفعة يتولد منه لما خلق لإقامة المصلحة به،

قلنا : إنه خلق لإقامة مصلحة الصبيان تبعا لفعل الإرضاع لا مقصودا بنفسه، فعادة تربى الصبيان بالرضاع، لا يشرب اللبن بعد الحلبة مقصودا، ويباع كذلك في إجارة الظئر، فإن اللبن معتبر حتى يفسد العقد بفوات اللبن،

فأما مقصودا فما خلق للشرب والإنتفاع به فلا يرد عليه العقد فيكون المال منفعة التربى، واللبن وصف للمنفعة كالحبر في منفعة العلم لا يقابله الثمن، ولأن إقامة المصلحة بعين لدفع ضرورة لا يدل على المالية كالإنتفاع بالميتة عند الضرورة وانتفاع الأساكفة(١) بشعر الخنزير، والإنتفاع باللبن من هذا الطريق وهو تربية الصبيان فإنهم لايتربون عادة في صغرهم بغير ألبانها، فكان الإنتفاع لدفع هذه الضرورة في الأصل إلا أن الصبيان تختلف أحوالهم في الإستغناء عن اللبن فلو فوض إلينا لضاق علينا، فقدر الشرع(٢) بالحولين(٣) (لأنهم)(٤) في الأغلب يستغنون عن

١ ـ سبق ذكرها وتعريفها في ص :٢٧٥

٢ ـ أى مدة استغناء الرضيع عن اللبن

٣ ـ بقوله عز وجل : ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ سورة البقرة ـ ٢٣٣

٤ ـ في نسخة (أ) : «فإنهم»

اللبن في تلك المدة من غير ضرر كما قدر الشرع وقت سقوط الخطاب بقدر الصبا بالبلوغ؛ لأن عقولهم تكمل في الأغلب عنده، بل يفيد الإنتفاع بالعين حال الضرورة والحاجة دل على أن العين ليست بمال، والمال اسم لما خلق لمصالحنا احتجنا إليه أم لا، ويوجد كذلك معدا لنا عرفا وشرعا مع الغنية عنه،

فأما ما لايتناول عرفا وشرعا إلا عند الحاجة فدليل على أنه ليس بمال، إذ التناول ما وجد لمعنى في عين ذلك الشيء بل في المتناول،

وهذا ؛ لأن أصل التربية بمنزلة أصل الخليقة؛ لأنها تنشز العظم وتنبت اللحم،

ويتعلق باللبن من (المحرمات)(١) ما يتعلق بالماء، وكذلك اسم الأبوة والأخوة، فجعل التربية بما هو منا كما جعل أصل الخليفة بمائنا تكرمة للآدمي وصيانة عن طباع البهائم متربى الأصل من ألبانهم

ولما جرى هذا مجرى أصل ما يخلق منه خرج من عداد ما ينتفع به في الأصل بعد الوجود، فقد جعل ذلك بغيرنا كرامة لنا، حتى لا نكون بذلة، وجعل أصل التكوين بما هو منا كرامة تنزيها عن اختلاط طبيعة غيرنا بنا،

وذهب الخصم الى ظاهر الحال فقال : لو كانت إباحة اللبن لدفع ضرورة لم يكن بد من أصل مباح سواه ليكون المصير إلى الثاني بفقده ليكون ضرورة، ولا أصل إلا اللبن في تغذية الصبيان، فلم يكن ضرورة وإنه حسن،

إلا أنا رأينا في الحكمة أمرا باطنا، وهو فساد الطباع بتربية لبن البهائم وألجأت (الضرورة)(٢) الى هذا، وفيه كرامة للنسل،

فلذلك أحدث حكم الأصل بأن لم يخلق لهم طعام غير هذا، وإنما الضرورة في صاحب اللبن، وفي حق سائر الأطعمة أصل للتغذية، ولكن عجزت في حق الرضيع، فانتقل إلى اللبن، والله أعلم،

تم كتاب الإجارات بحمد الله ومنه

ـــ ❊ ❊ ❊ ـــ

١ ـ في نسخة (أ) : «الحرمات»

٢ ـ غير موجود في نسخة (أ)

كتاب الشـــركـة

كتاب الشـــــــركة(١)

بســـم الله الرحمن الرحيم

١ ـ الشِّرْكَة : في اللغة : خلط النصيبين فصاعدا،

يقال : اشتركنا بمعنى تشاركنا، وقد اشترك الرجلان وتشاركا وشارك أحدهما الآخر، شَارَكْت فلانا : صرت شريكه،

الشَّرِيك : المُشَارِك، والشِّرْك : كالشَّرِيك، والشِّرْك أيضا : النصيب

والشريك يجمع على شُرَكَاء وأَشْرَاك،

قال الشريف الجرجاني في تعريفاته (ص : ١٢٦) : «الشركة : هي اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لايتميز، ثم اطلق اسم الشركة على العقد وإن لم يوجد اختلاط النصيبين»

الشِّرْكَة والشَّرِكَة سواء،

(يرجع للمعنى اللغوي إلى الصحاح ١٥٩٣/٤ ولسان العرب ٤٤٨/١٠ والمغرب ٤٤٠/١-٤٤١ والمصباح المنير ٣١١/١)

وفي الشرع : هي : اختصاص اثنين أو أكثر بمحل واحد.

(اللباب في شرح الكتاب ١٢١/٢)

وسوف يأتي ذكر أنواعها وتعريف كل نوع منها،

مسـألة

[الخلاف في حكم الشركات]

قال علماؤنا : شركة العنان(١) صحيحة، اتفق جنس رأس المال أم اختلف، خلط بعضه ببعض أم لا، شرط الربح بينهما بقدر رأس المال أو زيد لأحدهما عليه.

١ ـ شركة العنان : هي أن يعقد إثنان أو أكثر شركة بينهم بدون اشتراط التساوى لافي رأس المال ولا في الربح.

وهي تضمن وكالة دون كفالة.

(تحفة الفقهاء ٧/٣ وشرح المجلة ص ٧١٠ والتعريفات للجرجاني ص ١٢٦ واللباب في شرح الكتاب ١٢٥/٢)

* تنقسم الشركة في الأصل في الفقه الحنفي إلى قسمين :

شركة الأملاك وشركة العقود.

وتنقسم شركة الأملاك إلى نوعين :

• النوع الأول : شركة تثبت بفعل الشركاء نحو أن يشترى شخصان شيئا أو يوهب لهما أو يوصى لهما أو يتصدق عليهما، فيقبلا فيصير المشترى أو الموهوب أو الموصى به أو المتصدق به مشتركا بينهما شركة ملك.

• والنوع الثاني : شركة تثبت بغير فعل الشركاء نحو أن يرث شخصان شيئا فيكون الموروث مشتركا بينهما شركة ملك، وقد تحدث بإختلاط الأموال بحيث لايمكن التمييز.

وأما شركة العقود : فهي ثلاثة أنواع :

• الأول : شركة بالأموال

• والثاني : شركة بالأعمال : وتسمى شركة الأبدان، وشركة الصنائع، وشركة بالتقبل.

• والثالث : شركة بالوجوه.

١ ـ أما الشركة بالأموال : فهي أن يشترك الإثنان أو أكثر في رأس مال، على أن يعملوا فيه بالبيع والشراء معا أو كل على حدة أو أطلقوا على أن مارزق الله عز وجل من ربح فهو بينهم على شرط كذا.

٢ ـ وأما الشركة بالأعمال : فهي أن يعقدوا شركة ويجعلوا رأس المال عملهم بأن يتقبلوا العمل من آخر كالخياطة والقصارة والحفر والصباغة... ونحوها ويلتزموه على أن يكون ما رزق الله عز وجل من أجرة بينهم على شرط كذا. =

= ٣ ـ وأما الشركة بالوجوه : فهي أن يشترك إثنان أو أكثر - وليس لهم مال لكن لهم وجاهة عند الناس - على شراء الأموال نسيئه بالاعتماد على وجاهتهم ثم بيعها نقدا على ما رزق سبحانه وتعالى من ربح فهو بينهم على شرط كذا.

قال في بدائع الصنائع (٥٧/٦) مشيرا إلى وجهة تسمية هذه الشركة : «سمي هذا النوع شركة الوجوه : لأنه لايباع بالنسيئة إلا الوجيه من الناس عادة.

ويحتمل أنه سمي بذلك ؛ لأن كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران من بيعهما بالنسيئة.»

هذه الأنواع الثلاثة - وبلفظ آخر، شركة العقود - قد تكون مفاوضة وقد تكون عنانا.

• أما إذا عقد الشركاء بينهم بشرط المساواة التامة في المال والتصرف والدين والربح فهي مفاوضة وتسمى شركة المفاوضة.

وهي تتضمن وكالة وكفالة : أي كل واحد من الشركاء يكون وكيلا وكفيلا عن الآخر.

والشركة بهذا الشكل على المساواة التامة نادرة الوقوع

• وأما إذا عقد الشركاء الشركة بينهم بدون اشتراط التساوى التام فالشركة عنان وتسمى شركة العنان، كما ذكر.

وهي تتضمن الوكالة لا الكفالة

وإذا فقدت شركة المفاوضة أحد شروطها تنقلب عنانا.

(بدائع الصنائع ٥٦/٦-٥٧ والهداية ٣٧٩/٥ وما بعدها وفتح القدير لابن الهمام ٣٧٩/٥-٣٨٠ مجلة الأحكام العدلية المادة ١٠٤٥،١٠٦٠،١٠٦١،١٠٦٢،١٠٦٣،١٠٦٤،١٣٢٩،١٣٣١،١٣٣٢ والتعريفات للجرجاني ص ١٢٦)

- * -

اختلف في اشتقاق المفاوضة ووجهة تسمية هذه الشركة بذلك. قيل : إن شركة المفاوضة سميت بذلك لاعتبار المساواة فيها في رأس المال والربح والتصرف وغير ذلك.

والمفاوضة في اللغة : المساواة، وتفاوض الشريكان : أي تساويا، يقال : الناس فوضى في هذه الأيام : أي سواء لا تباين بينهم.

(المغرب ١٥٢/٢ وأنيس الفقهاء ص١٩٤ وبدائع الصنائع ٥٨/٦)

وقيل : هي مفاعلة من التَّفْويض ؛ لأن كل واحد من الشريكين رد ما عنده إلى صاحبه وأعطاه حق التصرف على كل حال.

يقال : فَوَّضَ أمره إليه : إذا رده إليه وجعله الحاكم فيه.

(لسان العرب ٢١٠/٧ وبدائع الصنائع ٥٨/٥ وفتح القدير لابن الهمام ٣٨/٥) =

= والثاني أقرب إلى الفهم وأنسب والله أعلم.

واختلف أيضا في إشتقاق العنان :

قيل : إنه مأخوذ من العَنّ : وهو الإعراض.

يقال : عنَّ لي الأمر يَعِنّ ويَعُنّ عَنّاً وعَنَناً : إذا اعترض وظهر.

وسمى هذا النوع من الشركة كأنه عن لهما شيء إذا عرض فإنهما اشتركا في معلوم وانفرد كل منهما بباقي ماله.

(لسان العرب ٢٩٠/١٣، ٢٩٢ والمصباح المنير ٤٣٣/٢ وأنيس الفقهاء ص١٩٥ وبدائع الصنائع ٥٧/٦)

وقيل : إنه مأخوذ من عنان الفرس ؛ لأن كل واحد من الشريكين يملك التصرف في مال الآخر كما يملك التصرف في الفرس بعنانه، أن كل واحد منهما جعل عنان التصرف في بعض المال إلى صاحبه.

(والمصباح المنير ٤٣٣/٢ وأنيس الفقهاء ص ١٩٥ وبدائع الصنائع ٥٧/٦)

وذكر في البدائع (٥٧/٦) تعليلا آخر فقال : «وقيل هو مأخوذ من عنان الفرس أن يكون بإحدى يديه، ويده الأخرى مطلقة يفعل بها ما يشاء، فسمى هذا النوع من الشركة له عنانا ؛ لأنه لايكون إلا في بعض الأموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي كيف يشاء.»

ولكل وجهة - كما هو الظاهر - والله أعلم.

— * —

كانت شركة العنان معروفة لدى أهل الجاهلية، وكانوا يتعاطون هذه الشركة، قال النابغة الجعدى :

شاركنا قريشاً في تُقَاها ... وفي أَحْسَابِها شِرْكَ العِنَان

بما وَلَدَتْ نساءُ بَني هِلَال ... وما ولدت نساءُ بَني أُبَان

(بدائع الصنائع ٥٧/٦-٥٨ ولسان العرب ٢٩٢/١٣)

— * —

* أما شركة الأملاك فلا تجوز فيها المفاوضة وتجوز فيها العنان (بدائع الصنائع ٥٧/٦)

— * —

* وهناك شركة أخرى تسمى شركة المضاربة : وهي عقد شركة في الربح بأن يكون رأس المال من شخص والسعي والعمل من آخر. (التعريفات للجرجاني ص ٢١٨ وشرح المجلة ص ٧٤٤) يأتي بيان هذه الشركة في كتاب مستقل في الجزء الثالث ص : ٢٧١

يرجع للمزيد من المعرفة في شركة العنان وأحكامها بدائع الصنائع ٦٢/٦ وما بعدها وفتح القدير لابن الهمام ٣٩٦/٥ وما بعدها والعناية ٣٩٦/٥ وما بعدها والبحر الرائق ١٧٣/٥، وما بعدها.

وقال الشافعي وزفر : لايجوز إلا أن يتفق جنس رأس المال ويقع الخلط، ويشترط الربح بقدر رأس المال(١) .

وكذلك قال علماؤنا : شركة الوجوه جائزة، وكذلك شركة التقبل(٢) ، اتفق جنس العمل أم أختلف.(٣)

وقال زفر والشافعي : شركة الوجوه باطلة،

وأما شركة التقبل فكذلك عند الشافعي(٤) ، وعند زفر تجوز إذا اتفق جنس المال(٥)

وأما شركة المفاوضة فصحيحة عندنا(٦)

١ ـ راجع الأم ٢٣١/٣ والاصطلام ١٣٣/٢ والمهذب ٣٥٢/١ ومغنى المحتاج ٢١٢/٢ـ٢١٣

٢ ـ سبق أن ذكرنا تعريف شركة الوجوه وشركة التقبل خلال بيان أنواع شركة العقود آنفا،

٣ ـ يرجع بدائع الصنائع ٥٧/٦، ومابعدها والهداية ٣٧٩/٥ وما بعدها، ٤٠٥/٥ ،٤٠٧

٤ ـ قال في المنهاج (٢١٢/٢) : «شركة الأبدان كشركة الحمالين وسائر المحترفين ليكون بينهما كسبهما متساويا أو متفاوتا مع اتفاق الصنعة أو اختلافها،

وشركة المفاوضة ليكون بينهما كسبهما وعليهما ما يعرض من غرم،

وشركة الوجوه بأن يشترك الوجيهان ليبتاع كل واحد منهما بمؤجلة لهما، فإذا باعا كان الفاضل عن الأثمان بينهما،

وهذه الأنواع باطلة، وشركة العنان صحيحة"»

ثم بدأ ذكر شروط شركة العنان،

وقال في المهذب (٣٥٢/١) : «لايصح من الشركة إلا شركة العنان"»

راجع أيضا روضة الطالبين ٢٧٩/٤ـ٢٨٠

٥ ـ الهداية ٤٠٥/٥ والكفاية ٤٠٥/٥ـ٤٠٦ وللإمام زفر رحمه الله روايتان في اشراط خلط المال، ومن ثمرات اشتراطه : عدم جواز شركة التقبل،

وما ذكره المؤلف رحمه الله من اشتراط اتفاق الجنس بناء على حكم الرواية التي لا يشترط فيها خلط المال،

(الكفاية ٤٠٥/٥ـ٤٠٦ والعناية ٤٠٥/٥)

٦ ـ يراجع أيضا بدائع الصنائع ٥٨/٦ والهداية ٣٨٠/٥ـ٣٨١ واللباب في شرح الكتاب ١٢٢/٢

وقال الشافعي : «لا أدرى (ما المفاوضة)(١) ، ولو جازت ما فسد عقد بينهما،

وجه قولهم : أن هذا عقد شركة، وإنما ثبت الشركة بحكم العقد في المستفاد بتصرف كل واحد منهما، وأن يكون المستفاد بالتصرف مشتركا إلا أن يكون الأصل مشتركا،

والأصل في الحقيقة هو المال؛ لأن مال المستفاد ما يحصل إلا بدلا عن المبيع، ولإن جعلنا العمل أصلا (لن يصير)(٢) العمل مشتركا بينهما من الواحد إلا (بأن)(٣) يكون في النصف وكيلا (عنه)(٤) نائبا، وفي النصف عاملا لنفسه،

والوكالة لاتثبت من الآمر إلا (باضافته)(٥) الأمر إلى ما له كالتوكيل بالبيع أو إلى ذمته كالتوكيل بالشراء، والتوكيل بالشراء بحكم الذمة لايصح إلا أن يكون

١ ـ في نسخة (ب) «المفاوضة» يأتي القول أيضا في ص:٢٧٧ مطابقا لما أثبتناه،

* إن هذا القول ينسب الى الإمام مالك ـ رحمه الله ـ قال في فتح القدير شرح الهداية (٣٨٠/٥-٣٨١) :

«وقال مالك ـ رحمه الله : لا أعرف ما المفاوضة، وهذا لا يلزم تناقض به كما قيل : إذا لم يعرفها فكيف حكم بفسادها ؛ لأن العالم يقول مثل ذلك كناية عن الحكم بالفساد، والمعنى : لا وجود للمفاوضة على الوجه الذي ذكرتموه في الشرع، وما لا وجود شرعا لاصحة له، وقد حكى عن أصحاب مالك : أن المفاوضة تجوز : (راجع القوانين الفقهية لابن جزى ص ١٨٧، قال فيه : «أجاز مالك شركة العنان والمفاوضة والأبدان، ومنع شركة الوجوه، وأجاز أبو حنيفة الأربعة،

وأجاز الشافعي العنان خاصة،» (راجع أيضا بدائع الصنائع ٥٧/٦)

وإنما الثابت من الشافعي ـ رحمه الله ـ هو قوله : «شركة المفاوضة باطل، ولا أعرف شيئا من الدنيا يكون باطلا إن لم تكن شركة المفاوضة باطلا....»

(راجع الأم ٢٣١/٣ ومغنى المحتاج ٢١٢/٢)

٢ ـ في نسخة (ب) : «أن يصير»

٣ ـ في نسخة (ب) : «أن»

٤ ـ غير موجود في نسخة (ب)

٥ ـ في نسخة (ب) : «بإضافته»

المشترى معلوم العين أو الجنس.

فأما إذا كان مجهول الجنس كالتوكيل بشراء شيء أو حيوان فلا يجوز بحال.

وفي باب الشركة / الجنس فيما اشترى كل واحد منهما ثابت، فثبت أن الوكالة [٤٠٠أ]
صحت بحكم الإضافة إلى مال عين كالتوكيل بالبيع. ومتى أضيفت إلى العين لم يكن المستفاد بها مشتركا حتى يكون الأصل مشتركا، فإن عبدالرجل لو قال لآخر : «بعه أن الثمن بيننا » لايصح، وإنما يصح إذا كان العبد بينهما.

وكذلك ههنا لايصح إلا أن يكون رأس المال حاضرا مشتركا بينهما قبل العقد، كما لم تصح المضاربة إلا بحضرة رأس المال. وكان هو معقود عليه حقيقة؛ لأن الوكالة تنعقد عليه دون الذمة إلا أنه لما قصد منه تحصيل الربح ملك العقود المتكررة كما في المضاربة(١) .

قال الشافعي : ولهذا لم أجوز شركة التقبل؛ لأنه ليس ثم رأس مال معلوم مشترك(٢) ، والتصرف لايصير مشتركا متى صحت الوكالة مضافة إلى غير الذمة إلا بمال حاضر معلوم مشترك بينهما قبل العقد على ما بينا.

ألا ترى أن تشترط حضرة المال عندك في شركة العنان ويشترط إعلام العين في الإجارة والعقد على المنفعة؛ لأنها لا تعلم إلا بإعلام العين.

١ ـ راجع لتعريف المضاربة ١ / ١٨٢

٢ ـ راجع إلى الاصطلام ١٣٣/٢أ ومغنى المحتاج ٢١٢/٢

ولا يلزم على هذا عقد المضاربة(١) فإنهما يشتركان في الربح، وهو فرع أصل غير مشترك؛ لأني لا أملك (المضارب)(٢) بعض الربح بحكم الشركة، وكيف له جعله بحكم الشركة، والسلعة لرب المال؛ لأن الثمن كان له ؟ ولكن أجعل بعض الربح جعالة(٣) على عمله ليعمل، فيحصل غرض رب المال وغرضه دفعا للحاجة.

وبيانه : أن في الناس من يجد المال ولا يهتدي إلى العمل، ومنهم من يهتدي إلى العمل ولايجد رأس المال، والنماء لايحصل إلا بالتصرف فلو لم يجز طلب النماء من هذا الوجه لفاتهما النماء ولزمتهما الحاجة التي لا ترتفع إلا بالمال المطلوب من التجارات؛ لأنها لا تكون إلا بمال وعمل، فلهذه الضرورة جوز(٤) بخلاف القياس حقا له على عمله لا أجرة ولا شركة كما قيل للعامل في باب الصدقات : لك كذا عمالة(٥) لا أجرة ولا شركة حتىلم يصح العامل أن يكون هاشميا؛ لأن الصدقة لا تحل له(٦) والعمالة بعض مال الصدقات، لكنه يستحق بصفة العمل (وما يستحقه الفقير يستحق)(٧) بصفة الفقر.

١ ـ جواب عن اشكال مقدر وهو :
أن رأس مال أحد الشريكين في عقد المضاربة عمله وسعيه وذلك ليس بمعلوم مشترك فينبغي ألا تكون صحيحة.

٢ ـ في نسخة (ب) : «المضاربة»

٣ ـ جعالة : (بالحركات الثلاثة) : هي ما تجعل للعامل على عمله
الجعالة والجعل والجَعِيلَة بمعنى واحد.
(الصحاح ١٦٥٦/٤ ولسان العرب ١١١/١١، والمغرب ١٤١/١)

٤ ـ أي جوز عقد المضاربة

٥ ـ العُمَالَة : هي رزق العامل التي جعل له على ما قلّد من جمع الصدقات.
(الصحاح ١٧٧٥/٥، ولسان العرب ٤٧٦/١١)
قال في المغرب (١٣/٢) والمصباح المنير (٤٣٠/٢) : «هي أجرة العامل»

٦ ـ أي للهاشمي.

٧ ـ في نسخة (ب) : «وما يستحق الفقير يستحقه»

وكما لم يكن للفقير بدلا عن الفقر فكذا هذا، لايكون بدلا عن العمل، ولأن العمل مجهول، فلايصح مبادلة، ولكن أعطيت عمالة لدفع ضرورة الحاجة، فإن الفقر ألا يمكنهم العمل بأنفسهم وغيرهم لايعمل مجانا، ولأنه لو عمل للزمته الحاجة، ولا يمكن الطلب بأجر؛ لأنه لا مال للفقير قبل الجباية(١) ، (وربما يحصل)(٢) وربما لايحصل،

فلو جعل بأجر لغرم الإمام، والإمام مؤتمن، ولا ضمان عليه ، فكان النظر في طلب العمل بالعمالة، فكذلك ههنا،

ولهذا قلت : إنه لازكاة على المضارب في نصيبه من الربح؛ لأنه لا يملك قبل القسمة والاستيفاء لما ذكرت أنه لا يجب أجره عوضا ليملك بنفس العقد بل صلة، فلا يملك قبل القبض كالعمالة للعامل والصدقة للفقير، والشركة في باب الشركة ليست من هذا الوجه، فإنها تحدث مشتركا من الأصل بينهما، فلابد أن يكون الأصل مشتركا،

ولهذا لم أجوز أن يكون الربح على خلاف قدر رأس المال؛ لأنه فرع ذلك الملك ليس أن يكون الاستحقاق بالعمل لما ذكرنا، ولايجوز أن يجعل البعض حقا له كما في المضاربة؛ لأني جوزت ذلك لدفع ضرورة أن رب المال لايمكنه العمل بنفسه والعامل لايجد المال،

١ ـ الجِبَاية : الجمع

يقال : جَبَيْت الماء في الحوض وجُبْوْتُه : أي جمعته

(الصحاح ٢٢٩٧/٦ والمصباح المنير ٩١/١)

٢ ـ غير موجود في نسخة (ب)

وههنا صاحب المال يعمل بنفسه والعامل واجد للمال، فزالت الضرورة، ولهذا جوزت الجعالة على رد الضالة والآبق، من قال : «من رد الضالة فله كذا» صح جعالة لا أجرا؛ لأن كل إنسان لايمكنه رد الضالة؛ لأنه لايمكن إلا بعد العلم به، والعالم به بعض القوم غير معلوم، وقل ما يرغب في الرد بغير شيء، وصاحب المال لايمكنه استئجاره قبل أن يعلمه، ولو لم يصح الإجعال لضاع المال، فللضرورة صحت الجعالة في رد الضالة بخلاف سائر الأعمال،

فالمضاربة على أصلي : عقد جعالة على العمل، والشركة عقد شركة على التصرف المبنى على رأس المالين، والوكالة عقد إطلاق تصرف في مال عين له أو ذمة، فلم يجز اعتبار بعضها ببعض ووجب اعتبار كل عقد بنظيره،

ولهذا لم تصح الوكالة إلا بشيء معلوم، ويصح بدون رأس المال العين؛ لأنه يعقد لإطلاق التصرف، فلابد أن يكون التصرف في نفسه معلوما، والشركة تعقد لإثبات الشركة في التجارة في مال معلوم الذي أحضراه، فكان المال الحاضر بمنزلة المعقود عليه، فكان إعلامه شرطا لا غير، كما في المضاربة؛ لأنه هو(١) الأصل، ومابعده يملك فرعا من فروعه، فلا يشترط إعلام الفرع؛ لأنه يملك بملك الأصل حكما له، وما ثبت حكما لغيره اشترط تحصيل الأصل لا غير، كشجرة تملك بالشراء، لابد من إعلامها، وثمرتها تملك حكما لها غير معلومة الوقت والقدر،

وأما المضاربة فإنها تنعقد وكالة لايجاب جعالة له من الربح، فأما بعد ذلك فلا عقد عليه، (ولابد)(٢) أن تكون / الجعالة معلومة ، وجنس العمل الذي جعل [٤٠٠ب] الجعل لأجله،

١ ـ أي المال،

٢ ـ في نسخة (ب) : «فلابد»

وكذلك رأس المال؛ لأن الجعل جعل من الربح ولا يعلم إلا بعد معرفة رأس المال.

ولعلمائنا : أن عقد الشركة عقد شرع لإيجاب الشركة، ولهذا سميت شركة كعقد التزويج.

وكذلك القسمة ؛ لأنها شرعت للتمييز بين الأنصباء المختلفة(١)

فإذا كانت الشركة حكم هذا العقد على هذا الأصل الذي قلناه وجب إثبات حكمه بنفسه لابغيره.

والشركة في المال الذي هو رأس المال لاتثبت بالعقد قط وإنما تثبت بالخلط، في المستفاد بالتصرف لاتثبت بالعقد أيضا وإنما تثبت على ما حقق بكون الأصل مشتركا وأذن أحدهما لصاحبه بالبيع، فإنه متى بيع بإذنه بدون عقد الشركة كان الثمن منشتركا لتفرعه عن أصل مشترك.

فعلى هذا لاتثبت الشركة بالعقد كما قال في المضاربة.

وإذا كان كذلك لم يكن صحيحا(٢) . بل الصحيح أن يجعل عمل التجارة منهما محلا لهذا العقد ليصير عمل التجارة على الشركة بحكم هذا العقد حتى يصير عمل أحدهما كعملهما. وقول أحدهما : «اشتريت» مما دخل تحت العقد كقولهما : «اشترينا» : فيصير المبيع بينهما لوجود الشراء منهما حكما. لا (لكون) (٣) العوض مشتركا بينهما. وإنما يصير العمل على الشركة لضرورة كل واحد منهما نائبا عن صاحبه في نصف ما يشتري.

١ ـ راجع كتاب القسمة ٣ /٤٧ و ما بعدها .

٢ ـ أي لم يكن صحيحا أن يجعل المال معقودا عليه.

٣ ـ في نسخة (أ) و (ب) : «يكون» وما أثبتناه من نسخة (ج)

وإنما ثبتت النيابة لصحة الوكالة لا بملك يحصل فى المنفعة، وشركة ثبتت على المنفعة؛ لأن ملك المنفعة لايثبت بالتمليك بلا عوض إلا بعد الإستيفاء وبعوض يبطل الملك فيها(١) إذا تلف على يد الأجير، ولا تسليم ههنا، فثبت أن الشركة تثبت بحكم النيابة كما لو قال له : «اشتر هذا العبد ليكون بيني وبينك»

ولهذا لاتصح الشركة فيما لايصح التوكيل به إفصاحا كالاحتطاب(٢) والاحتشاش(٣) ؛ لأنهما ضرب تصرف وإنما يصح إذا تعلق بحقه كما في الشركة، والوكالة تكون أمرا بالتصرف في ذمته وفي الأمر بالبيع يكون تصرفا على (سلعته)(٤)، وما في الاحتطاب تصرف على نفسه، فلا ملك(٥) فلغا،

١ ـ أي في المنفعة،

٢ ـ الاحتطاب : جمع الحطب (لسان العرب ٣٢٢/١)

٣ ـ الاحتشاش : جمع الحشيش،
والحشيش : يابس الكلأ، والطاقة منه : الحشيشة،
ويقال للرطب : العشب، والكلأ اسم للنوع سواء كان يابسا أو رطبا،
(لسان العرب ٢٨٢/٦، ١٤٨/١)
وأما المراد بالاحتشاش هنا فهو جمع الكلأ المباح رطبا كان أو يابسا،

٤ ـ في نسخة (ب) : «سلعة»

٥ ـ فلا ملك للآمر : لأن الأشياء المباحة تملك بالاحراز، وجمع الحطب والكلأ إحراز، فيكونان ملكا لمن جمعهما، وحق إحراز المباح ثابت لكل شخص قبل التوكيل،
قال في بدائع الصنائع (٦٣/٦) : «روى أبويوسف عن أبي حنيفة رحمها الله أنه قال : ما تجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة، ومالا تجوز فيه الوكالة لاتجوز فيه الشركة،
وعلى هذا تخرج الشركة بالأعمال في المباحات من الصيد والحطب والحشيش في البراري وما يكون في الجبال من الثمار ومايكون في الأرض من المعادن وما أشبه ذلك بأن اشتركا على أن يصيدا أو يحتطبا أو يحتشا أو يستقيا الماء ويبيعانه على أن ما أصاب من ذلك فهو بينهما، إن الشركة فاسدة؛ لأن الوكالة لاتنعقد على هذا الوجه، ألا ترى أنه لو وكل رجلا ليعمل له شيئا من ذلك لاتصح الوكالة كذا الشركة، فإن تشاركا فأخذ كل واحد منهما شيئا من ذلك منفردا كان المأخوذ ملكا له؛ لأن سبب ثبوت الملك في المباحات الأخذ والاستيلاء...»
(راجع أيضا الهداية ٤٠٩/٥-٤١٠ والبحر الرائق ١٨٣/٥-١٨٤ ودرر الحكام شرح مجلة الأحكام ٣٦٧/٣)

ولهذا يرجع كل واحد على صاحبه بنصف العهدة إلا أن المطلوب بالوكالة الخاصة حصول ما سمى له من السلعة، فلابد أن يكون معلوما ولم يملك إلا مرة، والمطلوب بالشركة حصول المال أو الربح بالسبب الذي ذكرناه، والحصول به مما يتأبد كما في المضاربة المقصود بها حصول الربح بتلك التجارة، وذلك إنما يكون بالأبد، فصح مع جهالة السلعة التي تشتريها والعقود التي تفعلها بعد إعلام المقصود منه، وهو(١) شرط الشركة في الربح وإحضار المال إلا أنه عقد لإثبات الشركة في ربح المال، ولا يتصور الربح إلا بعد أصل، ولا يمكن تمييز الربح إلا بعد إعلام الأصل، فلابد منه،

فكذلك ههنا تصح الشركة بالوكالة مع جهالة العقود والازمنة التي تستوفى فيها المنافع بسبب التجارة، فثبت أن هذه الجهالة لاتمنع وقوع العمل للآخر بحكم العقد، وبهذا المعنى تقع الشركة،

فإنه متى وقع للآمر كان المشترى كله للآمر، ومتى وقع النصف للآمر والنصف للعامل كان المشترى بينهما على الشركة كما اشترى وعقد الشركة نيابة العامل للآمر في النصف، وإنه مما يقبل التنصف، فإنه لو نص عليه فقال : «اشتر هذا العبد ليكون النصف لي والنصف لك،» كان بينهما إذا اشترى العبد كله،

فأما الجواب عن الجهالة(٢) : أن المقصود عليه لما كان عمل التجارة وقد أعلم، لم تضرهما جهالة التصرف بذلك التمكن، فإنه ثمرة المعقود عليه، لا أصله، بخلاف الوكالة الخاصة، فإن المطلوب بها السلعة المسماة فلابد أن تكون معلومة،

١ ـ أى الإعلام

٢ ـ أى جهالة العمل

ولهذا جوز فضل الربح لأحدهما على رأس ماله في شركة العنان؛ لأن كل واحد منهما في نصف العمل عامل للآخر برأس مال الآخر، فجاز إيجاب زيادة لأحدهما على رأس المال لفضل حذقه في العمل(١) فتكون زيادة عمله مع ما يقابله من رأس المال سببا لاستحقاق بعض الربح كما في المضاربة، ولايصح ذلك في شركة الوجوه؛ لأن الذي يقابله عمل لا برأس (مال)(٢) ، فلم يكن البناء على المضاربة في استحقاق الربح بالعمل، وبقي الاعتبار بالشركة، فيكون (بقدر)(٣) الشركة في الأصل، ولكن شرط إحضار المال لشركة العنان كما في المضاربة؛ لأنه عقد شركة في عمل التجارة لاستنماء المال واكتساب الربح من المال،

فلما كان معقودا لاستنماء المال، وهذا الوصف لايثبت (لعملهما)(٤) إلا بعد أصل المال، فإن النماء صفة له، كان حضوره(٥) شرطا لإثبات صفة العمل الثابت بالعقد، وفي باب المضاربة شرط حضرة المال لا لصحة التوكيل، ولكن لإمكان إثبات الشركة في الربح، فالربح لايتصور إلا بعد أصل،

فأما شركة الوجوه والتقبل فعقدت لإكساب أصل المال، وأصله يكسب بالعمل، فلم يكن المال شرطا، فاختلفت شروط هذه العقود بأعراضها التي هي صفات أحكامها، فالمضاربة معقودة لإثبات الشركة في الربح، فشرط حضور رأس المال وإعلامه، وانعقد وكالة للحال، وصح مع الجهالة ؛ لأن الغرض ليس حصول مال بعينه، ولكن حصول الربح على رأس المال، والربح لايحصل إلا بعقود متكررة،

١ ـ (يراجع أيضا الهداية ٣٩٧/٥)

٢ ـ ساقط من نسخة (أ) و (ب) : والإثبات من نسخة (ج)

٣ ـ في نسخة (ب) : «تقدير»

٤ ـ في نسخة (ب) : «لعملها»

٥ ـ في حضور المال

والوكالة تعقد / لتحصيل ما سمي من السلعة لغرض له فيها، فلابد أن تكون معلومة [٤٠١أ]
لتصح، والشركة تعقد لاستنماء المال الخاص لا للإكتساب أصلا بالعمل، والإكتساب والاستنماء لايتم بعقد واحد، فانصرف إلى عقد متكرر، وكان الشرط إعلام الأنصباء الثابتة بالشركة : وهي صفات لأحكام هذه العقود،

فحكم الوكالة نيابة في عمل موصل إلى السلعة، والشركة نيابة في بعض العمل الموصل إلى النماء، والمضاربة نيابة في العمل الموصل إلى الشركة في الربح، فالإيصال صفة الذي دخل تحت هذه العقود، واعتبار الإعلام شرطا فيها(١) كلها من حيث صفة العمل الذي هو حكم العقد، فالعمل مرة يعلم بالوقت؛ لأنه يحدث فيه، ومرة بمحله الذي يحل فيه كخياطة ثوب قميصا ؛ فإنها يعلم بالإشارة إلى ثوب دون ذكر المدة، والذي نحن فيه من هذا القبيل فيصير معلوما في الوكالة بأن يصير شراؤه موجبا له ملك عبد معلوم ببيان مثله، وفي الشركة بأن يكون شراؤه موجبا شركة في المشترى، والنصيب من الشركة معلوم،

ثم الاستدلال بالمضاربة صحيح كانت شركة لاعقد جعالة؛ لأن العامل بهذا العقد يصير عاملا لرب المال في الأصل حتى يكون الملك الحاصل بالشراء له (وإن)(٢) أشير إلى المال إذا نوى له كالوكيل،

وقد صح مع الجهالة للمعنى الذي هو موجود في الشركة على ما قررنا على أنها تنعقد شركة لا جعالة؛ لأن الجعالة ليست بتمليك مبتدءا على ما ذكرنا : أن الهاشمي لاتحل له العمالة من الصدقات، فلو جعل تمليكا مبتدأ لحلت كالفقير إذا

١ ـ أي في هذه العقود

٢ ـ في نسخة (ب) : «فإن»

أهديت الصدقة إليه، فثبت أنه في حال حق المال في حكم الإخراج إلى المستحق، لا من قبل المعطى إليه، وهو الفقير.

وفيما نحن فيه لاسبيل إلى أن يجعل في حكم الإخراج الى مستحق لا من قبله، فإن المضارب ما صار مستحقا إلا بشرطه، وما جعل إليه في الشرع هذا إلا بشرط هو سبب استحقاق مبتدأ ليصير الأجر مستحقا إياه (بحكم)(١) سببه، وما جعل إليه جعل الرجل مستحقا بنفسه بلا سبب استحقاقا يباشره في ماله؛ لأنه لا ولاية على الناس فيجعلهم مستحقين أو محرومين، إنما ذلك الى الله وإلينا التصرف فيما هو لنا من الأموال، فثبت أن الحق لايثبت للمضارب بإيجاب من قبل رب المال (له)(٢)

والجعالة يملكها المجعول له بسبب استحقاق ثبت له بنفسه كما للفقير في استحقاق الزكوات علينا، فمتى كانت تنصرف من المالك في ماله لم تكن جعالة من جنس جعالة العامل في الصدقات، بل كان تمليكا من جنس ما يكون من العباد.

فأما أن تعتبر بالتمليك بغير عوض أو بعوض فلا، وجعل بعض الربح ببعض العمل (لم يستقم)(٣) ؛ لأنه مجهول.ولأن جعل ابتداء؛ لأنه تمليك (بخطر)(٤) الوجود.

فإن قيل : التمليك (بخطر)(٥) الوجود يجوز بعذر كالمسابقة بين فرسين، فإن السابق الذي جعل الاستحقاق له يملك فرس صاحبه بسبقه، وفيه تمليك بخطر.

١ ـ في نسخة (ب) : «الحكم»

٢ ـ غير موجود في نسخة (ب)

٣ ـ في نسخة (ب) : «لم يستقم»

٤ ـ في نسخة (ب) : «لخطر»

٥ ـ في نسخة (ب) : «لخطر»

وجوز لحاجتهم إلى علم المسابقة للحرب، وقل ما يرغب فيها بغير شيء فجوز بالخطر رفعا لهذا العذر.

فكذا فيما نحن فيه جوز للعذر الذي قلناه. إ ن في الناس من يعمل ولا مال له. وفيهم من له مال ، ولا عمل له. وقل ما يرغب في الجمع بلا نصيب فعلق ملك النصيب بالموجود هبة مبتدأ ة.

قلنا : إنما جاز في السبق(١) بخلاف القياس، فلم يجز قياس غيره عليه. ولأن العذر فيه أمر الحرب الذي بعث النبي عليه السلام لأجله(٢) و ولابد منه. فعذر الحاجة إلى المال لايبلغ درجته فلم يصح بخطر فلم يبق إلا وقوع الملك بحكم الفرع على أصل مشترك العمل والمال. فالتجارة تقوم بالعمل ولاتستغنى عن المال. ولكل واحد تأثير في ملك الحاصل بالعقد فجعل عمله في قدر رأس المال لرب المال وفي الزيادة لنفسه. فيصير الزيادة مضافة إلى العمل والمال جميعا. فتكون بينهما.

١ ـ السَّبَق : هو الخطر الذي يوضع بين أهل السباق أو ما يجعل من المال رهنا على المسابقة والجمع : أسباق.

يقال : استبق القوم وتسابقوا : تخاطروا

وتسابقوا : تناضلوا.

والسبق : هو القدمة في الجرى والرمى وفي كل شيء.

وهو مصدر سَبَقَ وقد سبقه ويَسْبِقه ويَسْبُقه سَبْقًا : تقدمه

(الصحاح ١٤٩٤/٤ ولسان العرب ١٥١/١٠)

٢ ـ لإعلاء كلمة الله حتى يكون الدين كله لله. قال عز وجل ﴿وقاتلوهم حتى لاتكون فتنة ويكون الدين كله لله. فإن انتهوا فإن الله بما يعملون بصير وإن تولوا فاعلموا أن الله مولاكم. نعم المولى ونعم النصير﴾ سورة الأنفال ـ ٣٩-٤٠

واحتيج الى الشرط لإعلامه؛ لأن الإضافة الى العمل حكمى لاحسي، فلا يدرى كم هو من المال ؟ لتمكن القسمة فاحتيج إلى بيانه بالشرط، وإذا ثبتت الشركة في الفرع لاشتراك بينهما بين العمل والمال، ولا اختلاط بينهما تثبت الشركة فيما نحن (فيه)(١) لإشتراك بينهما بين العمل والعمل من طريق الأولى؛ لأن العمل هو السبب الموجب للملك، والمال شرط، ولم يكن الاختلاط شرطا، ولا اتفاق الجنس ولا شيء مما اعتبره الشافعي، فإنها كلها معدومة في المضاربات،

ولهذا أوجبنا على المضارب الزكاة في نصيبه من الربح؛ لأنه يساوي رب المال في سبب الملك وهو الشركة، فيستويان في الملك بذلك السبب،

ولهذا لم نجوز ضمان الجعل برد الآبق والضالة؛ لأنه إن جعل إجارة لم يجز؛ لأن الأجير مجهول والعمل مجهول، وإن جعل عمالة لم يصح؛ لأنه ليس إلينا طريقها،

ولهذا المعنى قلناه لايملك الوكيل أن يوكل غيره؛ لأن الغرض حصول ما سماه من السلعة، ولما عينه للشراء اختص به ؛ لأن الناس يتفاوتون في تحصيله(٢) ،

فأما فيما نحن فيه فالعقد تناول عملا محصلا للنماء، وإنه لايحصل بالواحد ولكن بالعقود مرة بعد أخرى على ما عليه عمل التجارة لتحصيل الأرباح لايقتصر على عمل الإنسان بنفسه،/فإنه لايتفرغ له ويمل عنه الأحايين(٣)، بل يكون به وبغيره، [٤٠١ب] فدلالة حاله هذا الأمر لم يوجب القصر عليه، بل دل على التعدى،

١ ـ ساقط في نسخة (ب)

٢ ـ راجع أيضا اللباب في شرح الكتاب ١٤٤/٢ والبحر الرائق ١٧٥/٧

٣ ـ الأحايين : جمع جمع الحين، أي أن الحين يجمع على الأحيان، ثم تجمع الأحيان أحايين، (لسان العرب ١٣٤/١٣)

فلم يثبت الفضل والأصل في مثل هذا العمل المطلق الذي لم يعلم بالمدة أن يصح منه ومن غيره، كما إذا استؤجر ليخيط له هذا القميص بدرهم فخاط غيره بأمره استحق الأجر؛ لأن المقصود إثبات الوصف للثوب، وبه يصير معلوما، لا منافعه وهذا من هذا القبيل، وإنما يختص (به)(١) بدلالة الحال، ولأن الأمر يفعل بموجب الاعتماد به، فإذا أمره ببيع خاص كان الائتمار به أن يبيع لا أن يأمر ببيع، وإذا أمره بتجارة عامة كان الأمر بها من التجارة ؛ لأنه لابد للتجارة في عموم التجارة في المدد من الاستعانة بغيره، فتصير الاستعانة من التجارة حكما وإن لم يكن منها حقيقة كإهداء المطعوم واتخاذ الدعوة وإعارة ميزان ونحوها مما لابد للتجارة منه، فدخلت تحتها(٢) ضرورة،

فكذا الأمر بالتجارة ليس بتجارة حقيقية، ولكن صار منها حكما لعدم استغناء التاجر عنه عند عموم التجارات،

فإن قيل : أليست المضاربة إذا فسدت استحق أجر المثل ؟(٣)

قلنا : وقد قلت إنها ليست بأجرة إذا صحت، فهذا إشكال يلزم الكل(٤) ،

ثم الجواب : إنها فسدت ولم توجب شركة في الربح، وهو (٥) عامل في الأصل لرب المال، فيكون الربح له إذا بطلت الشركة، وقد شرط له بعض ذلك، وهو ماله بإزاء عمل شرط عليه لنفسه فيكون إجارة محضة إلا أنها فاسدة لجهالة المدة، فدل أن الجائز منه ليس فيها معنى الإجارات،

١ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ ـ أي تحت التجارة

٣ ـ أي أن العامل يستحق أجر المثل،

٤ ـ لأن المضاربة عقد مشروع عند الكل ثابت بخلاف القياس لجهالة المدة والعمل ـ كما يأتي بيانه في بابه إن شاء الله

٥ ـ أي المضارب

وعلى هذا المزارعة(١) والمعاملة(٢) تنعقد لإيجاب الشركة في الخارج ومنفعة العامل غير منفعة الأرض.

وإذا ثبت هذا جاء منه أن (المفاوضة)(٣) صحيحة، إنها مثل الأولى(٤) في ثبوت الشركة في عمل التجارة إلا أنها خاصة في نوع من التجارات فاحتيج إلى تعيينه. وهذا يتناول كل التجارات فتصير معلومة بإعلام العين التي منها تحصل التجارة؛ لأنها مكان العمل كمن باع عبدا من عشرة، لابد من إعلامه. وإذا باع جميع من في الدار من العشرة صح من غير تعيين.

وقوله(٥) : «لا أدرى ما المفاوضة، ولو جازت لما فسد عقد بينهما » تناقض ؛ لأنا متى لم ندر شيئا لم ندر صفته من جواز أو فساد على أنا عرفناها.

وقول محمد بن الحسن في اللغة حجة وله(٦) اشتقاق ظاهر.

١ ـ سبق تعريفها في ٢٢١/١

٢ ـ المعاملة : هي المساقاة : وهي دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره.
اللباب في شرح الكتاب ٢٣٣/٢ والتعريفات للجرجاني ص ٢١٢ وأنيس الفقهاء ص ٢٧٤.
قال في لسان العرب (٣٩٤/١٤) : «يقال : ساقى فلان فلانا نخله أو كرمه إذا دفعه إليه واستعمله فيه على أن يعمره ويسقيه ويقوم بمصلحته من الإبار وغيره فما أخرج الله منه فللعامل سهم من كذا وكذا سهما مما تغله، والباقي لمالك النخل.
وأهل العراق يسمونها المعاملة.»
قال في اللباب (٢٣٣/٢) : «هي - يعنى المساقاة - كالمزارعة حكما وخلافا وشروطا.»

٣ ـ في نسخة (أ)و (ب) : «المعاوضة » وما أثبتناه من نسخة (ج)

٤ ـ أى مثل شركة العنان

٥ ـ سبق الكلام في نسبة القول إلى الشافعي رحمه الله في ص : ٣٦٣

٦ ـ أى المفاوضة

يقال : فاض الماء(١) إذا غلب وانتشر، واستفاض الخبر إذا اشتهر،

وأفضى المرأة بالجماع : إذا جمع بين المسلكين(٢)

وفوضت أمري إلى الله : إذا سلمها،

والأمور صارت فوضى : أي مهملة مسلمة إلى القدر،

وقول الشاعر(٣) :

«لايصلح الناس فوضى لا سراة(٤) لهم * ولاسراة إذا جهالهم سادوا»

اي متساوين،

١ ـ قال في اللسان (٢١٠/٧) : «فاض الماء والدمع ونحوهما يفيض فيضا وفيوضة وفيوضا وفَيَضَاناً وفَيْضُوضَة : أي كثر حتى سال على ضفة الوادي،»

كما هو الظاهر أن أصل الألف فيه ياء، (راجع أيضا الصحاح ١٠٩٩/٣ والمصباح المنير ٤٨٥/٢)

٢ ـ وتسمى المرأة التي أصبحت مسلكاها مسلكا واحدا مُفَضَّاة (لسان العرب ١٥٧/١٥)

وهي من أفضى - يفضى - إفضاء، والثلاثي «فضى»، والمفاوضة من فاوض، يفاوض، مفاوضة، والثلاثي : «فوض »،

(راجع الصحاح ١٠٩٩/٧، و ٢٤٥٥/١٥، ولسان العرب ٢١٠/٧، ١٥٧/١٥-١٥٨)

٣ ـ الشاعر هو صلاءة بن عمرو بن مالك من بني أود، المعروف بالأفوه الأودي،

قالوا : لقب بالأفوه ؛ لأنه كان غليظ الشفتين ظاهر الأسنان،

هو شاعر يماني جاهلي، كان سيد قومه وقائدهم في حروبهم،

قال في الأعلام (٢٠٧/٣) : «هو أحد الحكماء والشعراء في عصره، أشهر شعره أبياته التي منها :

لايصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولاسراة إذا جهالهم سادوا»

(راجع أيضا لنسبة البيت إليه الصحاح ١٠٩٩/٣ وفتح القدير لابن الهمام ٣٨٠/٥)

٤ ـ السَّرَاة : السادات والأشراف واحد السراة : السَّرِيّ،

قال في الصحاح (٢٣٧٥/٦) : «جمع السريّ سَرَاة، وهو جمع عزيز أن يجمع فعيل على فعله، ولا يعرف غيره، وجمع السراة سَرَوَات،»

(الصحاح ٢٣٧٥/٦ ولسان العرب ٣٧٨/١٤ والمغرب ٣٩٤/١)

فسميت هذه الشركة مفاوضة لاستفاضته وعمومه وتسليم كل واحد منهما عمل التجارة إلى صاحبه والتساوى بينهما في جملة التجارات(١) ، فكان كالعنان إلا من حيث العموم والمساواة فمن حيث اقتضت المساواة كان التساوى في رأس المال شرطا ، وكذلك في الربح وكذلك التساوى في ضمان التجارات؛ لأن التجارات لاتكون إلا بضمان كما لاتكون إلا بمال واكتساب مال. فاقتضى التساوى في عموم التجارات التساوى في صفتيها الضمان والنفع جميعا. ولا يثبت التساوى في النفع إلا بتساويهما في شرط الربح وجميع أنواع ما يكون تجارة.

منها : بيع الحنطة سلما ؛ فإنه تجارة المفاليس يطلبون مالا بهذا البيع ليستربحوا عليه بالتصرف فيه إلى حين المحل. ولم يكن التساوى في الضمان إلا بالكفالة ؛ لأن أحدهما قد يزداد شراؤه للآخر.

ثم الكفالة وإن بطلت بمجهول قصدا جاز أن تثبت تبعا للمفاوضة وصفة لها. فالأصل ثبوت الشركة في عمل التجارات والمساواة صفة لها.

وكذلك الكفالة بمجهول. وإن بطلت قصدا جاز ثبوتها تبعا لهذا العقد وصفا لها وهو المساواة في ضمان التجارة كما تدخل الأوصاف تحت البيع تبعا وصفة للجملة ولم تدخل قصدا.

فالتجارات أنواع :

* شراء بمال حاضر. وشركة العنان من تلك الجملة.

* وشراء بمال في الذمة غير حاضر. وشركة الوجوه من تلك الجملة.

* وتقبل أعمال في الذمة يحصل المال بالعمل على ما يقبل وهو شركة تقبل الصناعات.

* وشركة عامة : وهي شركة المفاوضة فتعم الوجوه كلها.

— * —

١ ـ سبق الكلام في وجه تسمية هذه الشركة مفاوضة في هامش ص : ٣٦٠

مسـألة

[الخلاف في حكم مفاوضة المسلم مع الذمي]

مفاوضة الذمي المسلم باطلة عند أبي حنيفة ومحمد(١) ٠

قال أبو يوسف : صحيحة(٢) ؛ لأن الذمي يساوي المسلم في التزام ضمان أنواع التجارات وامتلاك الحاصل بها ، فتصح المفاوضة معه كما تصح للشافعي من الحنفي(٣) ٠

ولأنه تصح مفاوضته(٤) مع ذمي آخر(٥) ، ولو لم يكن من أهلها لما صحت كما لو باع الميتة٠

ولأن من كان من أهل المفاوضة مع إنسان كان كذلك عاما ؛ لأن صحتها تتعلق بشرائط توجد فيها لافي غيرها ٠ ألا ترى أن العبد لما لم تصح مفاوضته مع الحر لم تصح مع عبد آخر(٦) ٠

١ ـ ذكر في بدائع الصنائع (٦١/٦) أن قول أبي حنيفة ومحمد هذا مبني على اصل اشتراط العموم في شركة المفاوضة، وهو أن يكون في جميع التجارات ولا يختص أحد الشريكين بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة٠ وهو المساواة٠ وذلك ؛ لأن الذمي يختص بتجارة لاتجوز ذلك للمسلم٠ وهي التجارة في الخمر والخنزير٠

٢ ـ أطلق المؤلف رحمه الله الصحة اعتبارا بحال السلامة٠ ورد في بعض كتب الحنفية استدراك الكراهية في ذلك٠ وعلل في فتح القدير الكراهية بقوله : «لأن الذمي لايهتدي إلى الجائز من العقود أولا يحترز من الربا ، فيكون سببا لوقوع المسلم في أكل الحرام٠ (٣٨٣/٥) يرجع للمسألة بدائع الصنائع ٦١/٦ وفتح القدير لابن الهمام ٣٨٢/٥-٣٨٣) والبحر الرائق ١٦٩/٥

٣ ـ مع وجود التفاوت بينهما في التصرف في متروك التسمية (الهداية ٣٨٢/٥-٣٨٣

٤ ـ أى مفاوضة الذمي

٥ ـ راجع بدائع الصنائع ٦١/٥ والهداية ٣٨٢/٥

٦ ـ راجع أيضا الهداية ٣٨٢/٥، ٣٨٣ والبحر الرائق ١٦٩/٥

إلا أنا نقول : إن المفاوضة شرط صحتها ثبوت المساواة بينهما في ضمان الكسوب أجمع وخراجها، ولا مساواة في باب التجارة بين المسلم والذمي، فإن الذمي يتجر في الخمور والخنازير، والمسلم لايتجر فيها،

فإن قيل : هذا يبطل مفاوضة الكتابي المجوسي فإنها صحيحة، والكتابي يؤاجر نفسه من المسلم للذبح والمجوسي لا(١) ، [٤٠٢أ]

قلنا : إن المجوسي إذا آجر نفسه من المسلم للذبح صح، ولكن عليه أن لايذبح بنفسه(٢) ولكن يستعين بمسلم على أن كل واحد منهما يملك الإكساب من جهة الإجارة للذبح، وإنما يختلفان فيمن يعاقده، والعبرة لأنواع العمل على سبيل التجارة، لا لمن يعاقده،

فإن التجارة اسم للعقد، والعقد انعقد على الشركة فى التجارات

فإن قيل : فكذلك التجارة اسم لتبادل مال بمال، لا مال بعينه، فتعتبر المساواة بينهما في أنواع التجارات، لا في مال بعينه، والمسلم يساوى الذمي في أنواع الأشرية التي هي تجارة، إنما يفارقه في محل بعينه

قلنا : إن الربح إنما يحصل ببيع مال وشراء مال، فلابد من اعتبار المال لتحصيل الربح بالتجارة، وليس يحصل ببيع من فلان بعينه والشراء منه، بل فلان تعيين لتتميم العقد لا لتمييز الربح، والمال شرط لتمييز الربح كالتصرف نفسه،

ألا ترى أنا كما نرى في الأسواق اختلاف الناس في اختيار الصناعات لتحصيل المال، وكل إنسان اختار ضرب صناعة على اجتهاد أنها أنفع، اختار ضرب مال بعينه للتصرف فيه،

١ ـ العناية ٣٨٢/٥

٢ ـ لأن ذبيحته لاتحل (العناية ٣٨٢/٥ وتحفة الفقهاء ٧١/٣ واللباب في شرح الكتاب ٢٢٣/٣)

فمنهم من يتصرف في الكرباس(١)،ومنهم من يتصرف في الخز(٢) ومنهم في البز(٣) ، ولم نجد اختيار العاقدين،

ألا ترى في باب المضاربة إنما يحصل الربح على سبيل الشركة على ما مر،

وإنما ثبتت الشركة بعمل هذا (ومال ذاك)(٤) ، وكما تقبل تخصيص التجارة تقبل تخصيص محل التجارة من الأموال، ولا تقبل تخصيص المعاقد، فلولا أنهما يعتبران لإفادة هذه الثمرة وإلا لم تثبت الشركة فيها بهما وقط لاتثبت الشركة في الربح بالعقد بخلاف الحنفي والشافعي، لأن الحنفي لايعتقد للشافعي مالا لايعتقده لنفسه، وكذلك الشافعي، فإن متروك التسمية عمدا عندنا ليس بمال في حق المسلمين أجمع، وعندهم مال في حق الكل، فأثبت بينهما تفاضل فيما هو مال،

والمسلم يعتقد أن الخمر مال للذمي دونه فيزداد ماله(٥)

وشبهة أبي يوسف : أن رأس المال في مسألة الشركة غير معتبر لاستحقاق الربح، بل يضاف حكم الشركة في الربح إلى العملين لما ذكرنا ؛ أن عقد الشركة

١ ـ الكِرْبَاس : ثوب من قطن، أصل الكلمة فارسية، ويسمى بيّاعة : كرابيسيّ، (لسان العرب ١٩٥/٦)

٢ ـ الخَزّ : ثياب تنسخ من صوف وابرسيم، وبائعه : خَزّاز،
قد يطلق الخز على ثياب منسوجة كلها من الإبرسيم، وذلك حرام لبسها للرجال،
(لسان العرب ٣٤٥/٥)

٣ ـ البَزّ : ضرب من الثياب، قيل : الثياب خاصة من أمتعة البيت، وقيل : أمتعة التاجر من الثياب، والبزّاز : بائع البز، (لسان العرب ٣١١/٥ والمغرب ٧٢/١ والمصباح المنير ٤٧/١-٤٨)

٤ ـ في نسخة (ب) : «وماذاك»

٥ ـ أي مال الذمي بالنسبة للمسلم،

يثبت لايجاب الشركة في العمل ثم الربح يحصل بالشركة، لابتفرع الأصل المشترك، وهو العمل منهما دون رأس المال بخلاف المضاربة؛ لأنه لاعمل من رب المال، فلذلك أعتبر المال في مقابلة العمل من الجانب الآخر ضرورة،

والجواب : أنه وإن كان كذلك فلابد أن يكون للمال أثر في إيجاب الربح، ألا ترى أن المال يزداد فيحصل به الربح كما يحصل بالتصرف بأن يهتدى العامل إلى قيمته فيشتريه على وجه يربح فيها،

— * —

مسـألة

[الخلاف في الدعوى في المفاوضة]

إذاادعى رجل على آخر أنه (مفاوضه)(٣) وأنكر الآخر فأقام البينة عليه وقضى بما في يده بينهما نصفين، ثم ادعى ذو اليد اختصاصه بعين إنه ورثه أو وهب له وأقام البينة، لم تقبل عند أبي يوسف.

وعند محمد : تقبل(٢) ؛ لأن القضاء وقع بالعقد على ما أدعى، والمناصفة في المال لم تثبت قضاء، ولكن بحكم العقد بظاهره كما لو أقر بالمفاوضة، فإن المال يكون بينهما نصفين؛ لأن موجبه هذا بالظاهر.

ولو أدعى الاختصاص بعد الإقرار سمعت؛ لأنه محتمل أن يرث أحدهما شيئا دون الآخر أو (يوهب له فيختص به)(٣) ، فكذلك ههنا.

وهذا كمن ادعى على آخر دارا أو أرضا وأقام البينة قضى له بها (ويستحقها ببنائها وأشجارها، فلو ادعى المنكر أن البناء له بناه أو الشجر له غرسها وأقام البينة قضى له بها)(٤) ؛ لأن المدعى ما ادعى إلا الأصل فلا يقضى له إلا بذلك إلا أنه استحق البناء والشجر بظاهر الاتصال بأرضه، فصار بمنزلة رجل ادعى عليه شيء فأنكر، فإنه يقضى له بظاهر يده وتكون بينة المدعى مسموعة.

١ ـ في نسخة (ب) : «مفاوضة»

٢ ـ أى تقبل بينة ذي اليد.

يرجع للمسألة إلى المبسوط ١١/١٨٥.

٣ ـ في نسخة (ب) : «يوهب لمختص به»

٤ ـ مابين القوسين ساقط في نسخة (أ)

إلا أن أبا يوسف يقول : إن الدعوى غير مسموعة على عقد الشركة؛ لأنه يبطل بإنكار الآخر؛ لأنه عقد غير لازم، وهي بمنزلة الوكالة على ما مر، والوكالة تبطل بالإنكار،

وكذلك كل عقد غير لازم، فإن الإنكار يكون ردا، وإنما سمعت دعوى موجبة، وهو أن ما في يده بيننا نصفين، والقضاء يقع بذلك أيضا، فتصير المناصفة مقضيا بها بالبينة لا بالظاهر، فلا تسمع بينة المقضى عليه بعد ذلك على مطلق الملك بخلاف ما ذكر(١)

وشبهة محمد : أن الشهود إنما (علموا)(٢) بالمفاوضة لا بالمناصفة فيكون القضاء بقدر البينة، فالعقد وإن انتقض قضى بموجبه حسب مايكون حال قيامه، وحال القيام لايقتضى الشركة بينهما في كل عين على الحقيقة بل على الظاهر إذا عين مالا من الجملة، فكذلك الآن،

— * —

١ ـ آنفا وهو دعوى موجبة،

٢ ـ في نسخة (ب) : «عملوا»

مسـألة

[الخلاف في لزوم كفالة أحد المتفاوضين عن إنسان بمال شريكه]

إذا كفل أحد المتفاوضين بمال لزم شريكه عند أبي حنيفة.

وقال صاحباه : لايلزم؛ لأنه تبرع(١) ، ألا ترى أنه لايملكها(٢) إلا من يملك الإقراض. والقرض ليس من التجارة، فصارا أجنبيين فيه، فلايلزم صاحبه ضمانا كضمان المهر والجناية(٣) بخلاف ضمان الغصب؛ لأنه يفيد الملك في المضمون. والمضمون مال. فكان بمعنى ضمان التجارة. ألا ترى أن العبد /المأذون لو كفل لم [٤٠٢ب] يؤاخذ به. ولو أقر بضمان غصب أخذ به كما لو أقر بضمان الثمن.

وكذلك أحدهما لو اقرض مال الشركة لم يصح في حق شريكه؛ لأنه تبرع، وإن كان فيه ضمان.

وكذلك لو أعتق شقص عبد لم يؤاخذ شريكه به؛ لأن ضمانه ليس بتجارة ؛ لأن سببه عتق وتبرع.

وكذلك لو وهب بشرط العوض؛ لأنه ينعقد تبرعا فثبت أن العبرة للوضع. والكفالة في وضعها تبرع.

إلا أنا نقول : الكفالة تبرع وقوعا على الذمة؛ لأنه تقرضه ذمته. وهي بمنزلة المبادلة في الضمان الواجب بها؛ لأنه تلزمه بها (مطالبته بمطالبته) على (الأصيل)(٤) . ثم أداء يأخذ من الأصيل. والكفالة تنعقد على ذمته فيملكها وإن لم يدخل تحت الشركة.

١ ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ٧٣/٦ وفتح القدير لابن الهمام ٣٨٥/٥ والبحر الرائق ١٧٠/٥

٢ ـ اى لايملك الكفالة

٣ ـ راجع أيضا بدائع الصنائع ٧٣/٦ والهداية ٤٨٦/٥

٤ ـ في نسخة (أ) : «مطالبة بمطالبة»

٥ ـ في نسخة (ب) «الأصل»

ثم الضمان الثابت بها(١) له حكم المبادلة، فيلزم شريكه كضمان الغصب، فإن الغصب نفسه تعدى وليس بتجارة، والواجب به من الضمان حكم التجارات؛ لأنه لايجب على سبيل المبادلة بمال بخلاف إقراض عين المال؛ لأنه ليس بتجارة ويلاقي مالا مشتركا فلم ينفذ على شريكه.

وكذلك الهبة تنعقد تبرعا وتحل المال المشترك فلم تنفذه.

وأما ضمان العتق فله حكم الصلات على ما بينا في كتاب العتاق(٢) ، أنه سقط بالموت عند أبي حنيفة إذا كان الإعتاق في المرض.

ولمعنى أن ضمان العتق يجب بالعتق والعبد بعده الذي يجب الضمان بدلا عنه، لايصلح للتجارة، فلم يكن ضمان تجارة.

وضمان الغصب بالغصب وبعد الغصب مغصوب قابل للتجارة فصار ضمان تجارة.

ألا ترى أن المريض إذا أقر بالكفالة أخذ من جميع ماله بخلاف الهبة. وإذا قال : «ما دان لك فلان فهو على» فمرض ثم دان ساوى المكفول له غرماء الصحة. ولو اعتبر تبرعا لما ساواهم.

ولكن اعتبر بموصى له؛ لأن العقد سابق. والعبرة للضمان لاغير.إلا أن العبد المأذون لايؤاخذ به؛ لأن ضمانه لايتصور إلا بعد العقد. (والعقد)(٣) تبرع لايملكه العبد.

— * —

١ ـ أي بالكفالة.

٢ ـ راجع كتاب العتاق/ مسألة المريض الموسر إذا أعتق عبدا بينه وبين الآخر (لوحة ٢٨٠أ من نسخة سراى أحمد الثالث)

٣ ـ في نسخة (ب) : «وللعقد»

مسـألة

[الخلاف في حكم شراء أحد المفاوضين جارية بإذن شريكه]

أحد المتفاوضين إذا قال لشريكه : «إشتر لنفسك جارية تطأها» فاشترى المأمور وأدى الثمن من مال الشركة لم يغرم لشريكه شيئا عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف ومحمد : يغرم(١) ؛ لأن الشراء وقع له خاصا بدليل أنه يطأ الجارية، فإذا أدى الثمن من مال الشركة غرم(٢) كما إذا اشترى طعاما لقوته وأدى الثمن من مال الشركة.

ولأبي حنيفة : أن الشراء وقع على الشركة فيكون الثمن في مال الشركة كما في سائر الأشياء.

والدليل على أن الشراء وقع على الشركة: إن هذا الشراء مما دخل تحت عقد الشركة بدليل : أنه لو اشتراها بغير أمر شريكه كانت على الشركة. وبالأمر لم يرتفع العقد ولم يتبدل فلم يتبدل موجبه.

ألا ترى أن الشراء للقوت لما كان يقع له على الخصوص وقع له، وإن لم يأمره صاحبه به.

فإن قيل : إن الشركة تعم إلا قدر ما يحتاج إليه لقضاء مصلحته.

ألا ترى أن قدر القوت والكسوة لايدخل تحت العقد لقيام الحاجة إليهما.

والحاجة ربما تقع إلى الوطء، فإن شهوة الفرج إحدى شهوتيه الأصلية التي لايصبر

١ ـ يرجع للمسألة بدائع الصنائع ٧٤/٦ والعناية ٤١٥/٥ والبحر الرائق ١٨٧/٥

(٢) أي غرم نصف الثمن.

الإنسان (عنهما)(١) في العادة، إلا أن شهوة البطن وقوعها مظومة، والأخرى غير معلومة، فلم يثبت الاستثناء في شهوة الفرج لكونها غير معلومة، فإذا اتفقا(٢) على ثبوتها صارت معلومة في حقهما فأوجبت الخصوص كشهوة البطن في حق القوت وإذا كان قبل الاتفاق كان الأمر مبنيا على العدم في الظاهر، فلم يثبت الاستثناء كما في الكسوة فوق الحاجة،

قلنا : لما لم تكن هذه الشهوة معلومة الوقوع في مدة الشركة لم يثبت الاستثناء حال الوقوع؛ لأنها معدومة للحال، والوقوع محتمل، فلا يثبت بالشك، فتبقى العبرة لحال العدم،

وإذا لم يثبت الاستثناء أوجبت الشركة فيها موجبها فلا تتغير مابقيت؛ لأنها توجب المساواة والشركة على العموم، ولاتصح بدونها إلا مالم يمكن من حيث الضرورة فيتقدر بقدرها، وسبيله سبيل المعتكف، فإن الاعتكاف يوجب لبثا أبدا ولو خرج لغائط أو بول أو جمعة(٣) لم يفسد؛ لأن الخروج للغائط لابد منه، وكذلك إلى الجمعة(٤) ؛ لأن وقوعها معلوم، فصارت مستثناة بالضرورة، فلم يفسد بها الاعتكاف وبمثله، لو خرج لصلاة الجنازة فسد؛ لأن وقوعه غير معلوم، فلم يصر مستثنى، فهذا وجه قوله(٥) ،

ووجه قولهما : أن الحاجة توجب الاستثناء والعدم غير متحقق في الوطء،

١ ـ في نسخة (ب) : «عنها»

٢ ـ أى اتفق الشريكان،

٣ ـ في حالة عدم إقامة صلاة الجمعة في المسجد الذي اعتكف فيه

٤ ـ راجع للمزيد من المعرفة بدائع الصنائع ١١٤/٢ ومراقى الفلاح ص ١٤٠

٥ ـ أي وجه قول أبي حنيفة رحمه الله

وسبب الشهوة قائم فلم يدخل تحت الشركة بشراء الجارية باتا، بل على سبيل التوقف، فاذا جاءت الحاجة وتحققت تبين أنه لم يكن داخلا بخلاف مسألة الإعتكاف؛ لأن صلاة الجنازة ليست بفرض عين عليه، فلم يكن من حوائجه الأصلية، فلذلك لم يراع حال توهم وقوعها،

والجواب : أن موجب الشركة التعميم والخصوص بالحاجة فلا يوجب تغيير حكم العموم لاحتمال الخصوص وتوهمه على ما بينا في أصول الفقه(١) ؛ أن العام بمنزلة الخاص(٢) ،

إلا أنهما يقولان : هذا عموم ثبت خصوصه بحاجة الفوت فيبقى محتملا للخصوص فيما وراءه لقيام دليل مثل الأول،

فإن قيل : أليس يحل له وطء هذه الجارية؟ فكيف يكون على الشركة ؟

قلنا : كما يحل له وطؤها إذا وهب له نصيبه بعد الشراء بلا أمر،

فإن قيل : فأين الهبة ههنا ؟

قلنا لهم : هذه مسألة أخرى غير مسألة الثمن،

ثم الوجه : أنه لما قال له : «لنفسك فتطأها» ولا يملك الإخلاص له من حيث إخراج هذا الشراء / وحده عن الشركة، [٤٠٣أ]

وإنما يملك من حيث تضمين الهبة بعد الشراء ضمنا الهبة في الأمر بالقبض لنفسه بعد الشراء،

١ ـ يعني كتابه «تقويم الأدلة» راجع منه القول في العموم (لوحة ٣٤ ب)

٢ ـ قطعا وإحاطة سواء كان أمرا أو نهيا أو خبرا إلا إذا كان عاما يمتنع القول بعمومه لكون المحل غير قابل له، (راجع لوحة ٣٤ ب وما بعدها)

ولو اشتريا جارية بينهما ثم قال أحدهما للآخر : «اقبضها لنفسك» كانت هبة، واذا قال لآخر : «أد عني زكاة مالي» فأدى صار واهبا للآمر ثم مؤديا عنه، وثبتت الهبة في ضمن قبض الفقير، فلأن تثبت الهبة ههنا في ضمن قبضه لنفسه ليطأها أولى.

وهذا مثل ذلك في أنه لايصح إلا عن ملك، فإن الوطء لايحل في ملك الغير كالزكاة لا يتأدى بمال الغير.

— * —

مسـألة

[الخلاف في حكم الاشتراك في الاحتطاب]

إذا اشتركا في الاحتطاب على أن يكون من أحدهما العمل ومن الآخر الآلة لم يصح، وكان الحطب للعامل وللآخر أجر مثل الآلة، لايجاوز به قيمة نصف الحطب عند أبي يوسف،

وعند محمد : بالغا ما بلغ(١) ؛ لأن تسمية نصف الحطب مجهولة القدر والعين، فلا تعتبر في نقصان أجر المثل كما إذا استأجر رجلا بثوب مروى لعمل،

ولأبي يوسف : أن النصف معلوم القدر من وجه ؛ لأن الحطب كله معلوم فيصير نصفه معلوما، ولابد من الحطب ليجب الأجر؛ لأنه لايلزمه أجر الآلة إلا إذا احتطب،

فأما الثوب(٢) إذا لم يكن مشارا إليه ولا معلوما فلا يعرف قدره بوجه، والله أعلم

— * —

تم كتاب الشـركة بحمد الله ومنه،

— * * * —

١ ـ يرجع للمسألة بدائع الصنائع ٦/٦٣-٦٤ وفتح القدير لابن الهمام ٥/٤١١-٤١٢ والبحر الرائق ٥/١٨٤

٢ ـ أي الاستئجار بثوب مروى لعمل،

كتاب المـــأذون

كتـــــاب المأذون

بسم الله الرحمن الرحيم

مسائل المأذون(١) أكثرها يبتنى على أن الإذن فك حجر كالكتابة عند علمائنا(٢) ٠

وعند الشافعي : أمر بالتجارة كما في الشركة(٣) ٠

- * -

١ ـ المأذون : هو من فُكّ الحجر عنه وإطلاق تصرفه كان ممنوعا شرعا٠

والإذن : في اللغة : الإعلام

وإذن بالشيء إذنا وأَذَنًا وأَذَانَة : أى علم

وآذانه الأمر وآذَنَهُ به : أعلمه٠

(الصحاح ٢٠٦٨/٥ ولسان العرب ٩/١٣)

وفي الشرع : فقد عرفه الحنفية بأنه : فك حجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعا شرعا٠

(التعريفات للجرجاني ص ١٦ واللباب في شرح الكتاب ٢٢٣/٢ كما هو الظاهر أن التعريف أتى موافقا لوجهة نظرهم في الموضوع٠

٢ ـ يرجع العناية ٢١١/٨، ٢١٨ والكفاية ٢١٠/٨-٢١١، ٢١٨ والبحر الرائق ٨٥/٨، وفتح القدير لابن الهمام ٩٨/٤

٣ ـ فتح العزيز ١٢١/٩، روضة الطالبين ٥٦٦/٣

هذا التعريف موجود في فتح العزيز وقريب منه ما في الروضة

* ذكر المؤلف - رحمه الله - أصل الخلاف لكي يبتنى عليه المسائل التي تنتج عن هذا الأصل٠ ثم بدأ ذكر هذه المسائل٠

مسـألة

[الخلاف في حكم تقييد الإذن بنوع معين]

قال علمائنا : إذا أذن لعبده في نوع يصير مأذونا في الأنواع(١) ٠

قال الشافعي : لايصير(٢) ؛ لأنه إذن للعبد بتصرف فيما ليس للعبد بالأمر، فيتقدر بقدر ما يتم به ذلك الأمر قياسا على الوكالة والشركة والمضاربة٠ وقياسا على ما إذا قال لعبده : «إشتر لي ثوبا للكسوة أو طعاما للقوت»

ودلالة صحة ما قلناه : أنه يتصرف في إكسابه٠ وإكسابه ملك المولى لا ملكه، فإن ثبت بلفظ الإذن نفسه نحو أن يقول : «أذنت لك في التجارة» لايدل على أنه فك حجر٠ فإنه لو قال لآخر : «أذنت لك ببيع مالي هذا» يصح ويكون توكيلا كما قال له : «بع مالي هذا« لا فك حجر٠

وهذا؛ لأنه وإن كان أمرا فما فيه إلزام٠ فإن الوكيل بالخيار بعد الأمر فاستقام إثباته بلفظ الإباحة والإذن٠

ولا يلزمنا قولنا : «إنه أذن لعبده في النكاح ملك(٣) نكاح امرأتين لأنا قلنا : يتقدر بقدر ما يتم به ذلك الأمر٠ والأمر بالنكاح فيما نحن لايتعدى إلى غير النساء٠ ولكن يملك واحدة بعد أخرى كما يملك في مسألتنا شراء بعد شراء بخلاف الوكالة، فلم يكن نقضا٠

١ ـ يراجع للمسألة بدائع الصنائع ١٩٢/٧ العناية ٢١٧/٨-٢١٨ والكفاية ٢١٧/٨-٢١٨ واللباب في شرح الكتاب ٢٢١/٢-٢٢٢

٢ ـ فتح العزيز ١٢٢/٩، ومغنى المحتاج ٩٩/٢ قال فيه : «فإن أذن له في نوع كالثياب أو في وقت كشهر كذا أو في بلد، لم يتجاوزه كالوكيل وعامل القراض٠» راجع أيضا روضة الطالبين ٥٦٧/٣

٣ ـ أى ملك العبد٠

والفرق الفقهي : أن المقصود بالوكالة تحصيل مانص عليه له، والمقصود من الإذن للعبد تحصيل الربح، والربح إنما يحصل بعقد مكرر، فملك التكرار في المضاربة والشركة، والمقصود من النكاح بلوغ العبد شهوته من ذلك الباب، ولأن الإذن بالنكاح عندنا فك حجر؛ لأن المستفاد يحصل للعبد لاحق للمولى فيه (فلم يصلح)(١) العبد وكيلا عن المولى فيه(٢) ، بل كان ناكحالنفسه، وكان محجورا بحق المولى فاحتيج إلى إذنه لزوال الحجر الثابت بحقه لا لتولية العبد وتمليكه مالم يكن له،

فأما فيما نحن (فيه)(٣) فالتصرف يقع للمولى كتصرف الوكيل بدليل : أن الملك للمولى فيما يشتري، فاستقام أن يجعل نائبا عن المولى ووكيلا من قبله كالمضارب،

ولا يلزمنا(٤) قولنا : «إن الثمن لايلزم المولى؛ لأن المولى قصد بالإذن تحصيل الربح، وذلك بأن يقضى دين التجارة من مال التجارة فيخلص الفضل ربحا له بلا غرم، يتوهم ويفوت بأن يلحق ذمته ثمن؛ لأن الكسب ربما لايفي به، فيصير غرامة عليه،

وعندنا : لو أمر حرا بأن يشتري له شيئا سماه ليكون ثمنه في ذلك الشيء، ويكون الربح إن حصل للآمر صح الأمر، ولا يلحق الآمر شيء وإن هلك ذلك الشيء قبل أن يبيعه انقلب الشراء للوكيل ويلزمه الثمن،

١ ـ في نسخة (ب) : «فلم يصح»

٢ ـ أى في النكاح

٣ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٤ ـ جواب عن سؤال مقدر وهو : مادام الملك فيما اشترى العبد يثبت للمولى فلماذا ثمن المبيع لايلزمه ؟ وهو قولكم،

وكذلك قالوا جميعا في الوكيل بالشراء إذا اشترى شيئا معيبا ورضى بالعيب، فإن رضي به الموكل كان الشراء عليه وله، وإن أبى كان للوكيل وعليه الثمن(١) ٠

فكذلك العبد عندي هو مشتر للمولى والثمن في السلعة٠

فإن هلك المال قبل إيفاء الثمن يصير(٢) مشتريا لنفسه وتلحقه العهدة إلا أنه لايطالب به إلا بعد العتق؛ لأن المولى لم يرض ذلك كما لم يرض على نفسه، فيصير كضمان الكفالة بغير إذن المولى٠

ثم النكاح حجة عليكم؛ لأنه لو نص على امرأة واحدة لم يملك الأخرى٠ وكذلك ههنا ٠

ولهذا قلنا : إذا نهى العبد عن التصرف في كسب نفسه من تجارته وفي يده صح كما يصح لو كان وكيلا؛ لأنه يأمره كان يتصرف٠

ولا يلزم اذا اشترى الكسب منه، فإنه لايملك بيعه وإن لم ينهه؛ لأن الاسترداد دليل الحجر عن التجارة بدلك، فيصير كالنهي كرب المال إذا استرد الوديعة كان عزلا عن الإيداع بدلالة الحال، لابعين الاسترداد٠

والذي يدل عليه : أن العبد لايملك المال وصار مملوكا مالا بلا خلاف بين علمائنا٠ فصار أعدم لعلة التصرف من حر في ملك الغير٠ والأمر محتاج إليه في حق الحر في ملك الغير ليصير مالكا للتصرف فيه٠ فههنا أولى٠

١ ـ يرجع إلى بدائع الصنائع ٢٩/٦ والبحر الرائق ١٥٥/٧ والمهذب ٣٥٩/١ ومغنى المحتاج ٥٢٥/٢ـ٥٢٦

٢ ـ اى يصير العبد المأذون٠

وتبين أن الإذن ليس بفك حجر ورفع مانع، فإنه لابد من ثبوت علة الملك والإطلاق أولا ليكون الامتناع بمانع وحاجز بعد ذلك بخلاف النكاح، فإنه بعدالاسترقاق يملك ملك النكاح، فعلمنا أن المالكية باقية في حقه ولم يملك العقد
/ بنفسه لمانع بخلاف الكتابة، فإنها فك حجر؛ لأنها عقد على العتاق عندنا٠ وتعيين [٤٠٣ب]
الاعتاق فك حجر في حق ملك التصرفات؛ لأن المولى لايوجب له حرية؛ لأنها ليست في ملكه ولكنه يسقط الرق الذي ملكه فتعود الحرية التي كانت للآدمي بأصل الجبلة كالذمة٠ أرأيت عن الدين يصير صافية عن الشغل لا بإيجاب الصفاء؛ لأن الصفوة كانت أصلا كرامة له بكونه آدميا كالحرية٠

وعلة هاتين الكرامتين(١) قائمة بعد الدين والرق٠ ولكن العارض غلب عليه٠ وإذا زال العارض ثبت الحكم الأصلي بكونه آدميا٠

وفي مسألتنا العارض الذي غلب على الحرية حكما قائم٠ فعلم أنه ثبت بعلة أخرى، وهي الإذن٠

ولعلمائنا : ضروب من الفقه :

(أما)(٢) محمد بن الحسن، فإنه احتج وقال : إذا أذن لعبده في الصباغة أما له أن يشترى الصبغ ويستأجر الأجراء ؟ له ذلك؛ لأنه لابد منه بالإجماع٠ واذا اشترى الصبغ أما له أن يبيع وهو كسبه ؟ وإذا ملك بيعه أما له أن يبيع بما شاء ؟ فيتعدى الإذن الأنواع كلها٠ وكذلك في سائر الأنواع٠

ووجه آخر : أن إسم هذا التصرف من المولى الإذن، وتفسيره الإطلاق وضده الحجر٠ فدل اختصاصه بهذا الإسم على اختصاصه بحكمه؛ فإن هذه الأسماء المشتقة

١ ـ أى كرامة الحرية وكرامة الصفوة٠

٢ ـ في نسخة (ب) : «فأما»

وضعت أعلاما لمسمياتها لمعانيها كالسلم والصرف والحوالة والكفالة على ما بينا في مسألة سلم الحال في البيوع(١) ،

وإذا كان كذلك علم أنه(٢) من المولى إطلاق ورفع للحجر لا تولية للعبد مالم يكن له ولا تمليك للعبد ما كان للمولى، وإنه إطلاق عن تصرف كان للعبد، وكان محجورا لحق المولى، وفك حجر الرق في حق اليد حتى يصير يده يد نفسه كيد الحر، ويصير التصرف مملوكا له بولايته الثابتة بالفك كما بعد العتاق تثبت الولاية حكما لزوال الرق لا بتمليك المولى،

ولا إشكال في الكتابة، وإذا ثبت أن الرق يقبل هذا الضرب من الفك ببدل(٣) فكذا يقبل بغير بدل (من طريق الأولى كالفك الثابت بالعتق، لما قبله الرق ببدل قبله بغير بدل)(٤) بل أولى؛ لأن العوض إن كان يوجب لزوما للتصرف وقوة فإنه يوجب صفاء في باب صحته، فإن الإجارة لا تصح مطلقة، والإعارة تصح مطلقة ومؤقتة، والإجارة تبطل بالشروط الفاسدة والهبة لاتبطل، ولا فك بغير عوض إلا الإذن في التجارة،

فدلت هذه الدلائل كلها على أن الإذن فك عن حجر الرق في حق اليد والتجارة وليس بتمليك ولا تولية،

فإن قيل : الكتابة تصرف في الرقبة بإخلال الرق فيها لا في حق اليد وحده،

١ ـ راجع ص : ٨

٢ ـ أى أن الإذن

٣ ـ كما هو الحال في الكتابة

٤ ـ مابين القوسين ساقط من نسخة (أ)

قلنا : غير مسلم لكم هذا على ما بينا في تحرير المكاتب عن الكفارة إن رقه كامل في حق الرقبة كما قبل الكتابة(١) ، بل الإذن لما كان فكاكا لكتابة إلا أنه بغير بدل، ثم الإذن لم يوجب خللا في رق الرقبة فكذلك ببدل؛ لأن محل حكم التصرف ببدل وبغيره واحد حتى كان الملك بالإعادة في حق المحل وبالإجارة واحدا،

وكذلك بالهبة والبيع، وكذلك بالاعتاق بمال وبغير مال،

فإن قيل : الإذن لو كان فكا في حق اليد والتصرف لما ملك المولى إكساب العبد كما لايملك من المكاتب، ولصار العبد في يد نفسه كالمكاتب،

قلنا : العبد المأذون في يد نفسه عندنا، والكسب واقع له ويتصرف بحكم أنه صاحب اليد، حتى أن المولى إذا نهاه عن بيع كسب نفسه في يد، العبد لايصح لبقاء اليد، وهي يد نفسه ويد إطلاق، وإذا انتزعه من يده(٢) بغير نهى لايملك العبد بيعه، إلا أن يد المكاتب لازمة فلا يملك إبطالها، وهذه غير لازمة، فملك المولى إبطالها متى شاء إلا أن يتعلق به حق الغريم، فلا يملك الانتزاع بعد ذلك، وإذا صارت يد المكاتب مستحقة على المولى منع ملك المولى ولم يمنع يد المأذون، فأما المكاتب فلا يملك حقيقة كالعبد سواء، والمتصرف متى لم يكن من أهل الملك جاز وقوعه وقع الملك لا قرب الناس منه، وإن تصرف (بولاية)(٣) نفسه

١ ـ وذلك إذا لم يؤد بعض بدل الكتابة، فأما إذا أدى بعضه فلا يجوز إعتاقه عن الكفارة؛ لأنه يصير ـ في هذه الحالة ـ في معنى الإعتاق على عوض من وجه، وبه لا تتأدى الكفارة؛ لأنها عبادة، فلابد أن تكون خالصة لله تعالى،

وأما إذا أدى بدل الكتابة كله فمن المعروف أنه يثبت له العتق فيخرج عن ملك مولاه (راجع تحفة الفقهاء ٢٨٢/٣، ٢٨٣ وفتح القدير لابن الهمام ٩٨/٤ والكفاية ٩٨/٤)

٢ ـ أي انتزع المولى من يد العبد المأذون،

٣ ـ في نسخة (أ) : «بولا»

كالحر يشتري شيئا على أن البائع بالخيار ثلاثة أيام ثم يموت المشترى ويجبر البائع، فإن الملك يقع للوارث بتصرف فعله المشترى بولاية نفسه؛ لأنه لم يكن أهلا للملك حين النفاذ، وإذا كان على الميت دين لايملك الوارث لمانع،

فكذلك الرقيق لايكون أهلا لملك المال على ما عرف كالميت ومولاه قائم مقامه في مالكيته للمال كالوارث من الميت فيقع الملك للمولى إلا بمانع، ويد المكاتب لازمة على ما مر حتى إذا صارت يد العبد بالدين مستحقة منع ملك المولى أيضا، ولأن يد المكاتب تفضى الى العتق بالأداء فثبت للمكاتب فيه حق التملك في الثاني، وليس للعبد هذا الحق فلم يمنع، وأشبه الميت الذي ليس له حق في تركته من وصية أو دين،

ووجه رابع - الذي عليه الأعتماد، وفيه الحقيقة من حيث الاستدلال - : أن هذا التصرف الذي ينفذ من العبد بعد الإذن هو الشراء؛ لأنه لايملك البيع ابتداء، وإنما يملك الشراء ولا يستحق بالشراء مما هو للمولى؛ لأن المبيع لم يكن له، وإنما هو لأجنبي استحق عليه برضاه واختياره، والثمن دراهم في الذمة وجبت بالتسمية، ولم يكن ملكا للمولى، أما الدراهم فلأنها لم تكن أصلا لتوصف بأنها حق المولى، وأما الذمة فلأنها مملوكة للعبد كما كانت قبل الرق،

ألا ترى أنه إذا أقر بدين لزمه وتصح به الكفالة ويطلب به بعد العتق، ولو صارت(١) للمولى لما صح، ولأنه بمعنى الذمة يكون الحر أهلا لوجوب حقوق الله له وعليه على / ما عرف في موضعه، [٤٠٤أ]

١ - اي صارت الذمة

والعبد له ذمة، فعلم أنه بقي في هذا الوصف على الحرية، ولأن المال المحض لا ذمة (له)(١) كالبهيمة، ولا يجب الحقوق له ولا عليه، فثبت أنه لايستحق بهذا التصرف شيء من ملك المولى، ونفس التصرف لم يكن ملكا للمولى؛ لأنه شراء يوجب دينا على العبد دون المولى ويقع الكسب للعبد لايخلص للمولى إلا بعد الفراغ عن دينه،

والمولى لايملك شراء يوجب الدين على العبد ويقع الكسب مشغولا بدين العبد، وكل تصرف لم يملك المولى على العبد ولا استحق به ملك المولى كان مملوكا للعبد كما قبل الاسترقاق كالإقرار بالقصاص والحدود والاقرار بالدين، فإن نفس الإقرار بالقصاص عليه غير مملوك للمولى ولا يصح منه ولا يستحق به إلا حياته، وصفة الحياة غير مملوكة للمولى على ما بينا في الديات(٢) ،

فأما قول الخصم : إن الدين لايلزم (ذمة العبد ولا ذمة المولى)(٣) فساقط ؛ لأن الوجوب يختص بالذمم ما يصلح المال محلا له، بل هو محل الأداء الواجب إذا كان مالا ، ولا وجوب على المولى فعلم أنه في ذمة العبد

ولأن إكسابه لم تكن للمولى ليصح أمره فيها فكيف ما كان لاينفذ أمره إلا في سقوط الحجر ضرورة،

فإن قيل : لو كان مملوكا للعبد لنفذ الشراء كالإقرار بالقصاص،

قلنا : إنما ينفذ ؛ لأن الدين لايجب في الذمة إلا متعلقا بمالية الرقبة كما يتعلق الدين بالتركة، والمالية حق المولى فيبطل نفيا للضرر عن المولى بخلاف القصاص، فإن الوجوب لا يتعلق بالمال،

١ ـ غير موجود في نسخة (ب)

٢ ـ راجع فصل العبيد وعليهم (لوحة ٥١٧أ وما بعدها من نسخة سراى أحمد الثالث)

٣ ـ في نسخة (ب) : «ذمة المولى ولا ذمة العبد»

ألا ترى أنه إذا باع عبدا عليه قصاص ثابت في حق المولى نحو أن يكون مقرا به صح البيع، ولم يمتنع بسبب القصاص؛ لأن الوجوب غير متعلق به، إنما يسرى إليه الاستيفاء.

وإذا باع عبدا مديونا لم يصح كالمرهون إلا بإذن رب الدين؛ لأن الدين متعلق به بخلاف دين ثبت بإقرار العبد، فإن المولى يبيعه وعليه دين؛ لأن الوجوب غير ظاهر في حق المولى؛ لأن إقراره ليس بحجة على المولى حتى إذا صدقه على إقراره لم يملك بيعه، وكذلك إذا ثبت(١) بالبنية.

وتعليلنا لبيان أنه بعد الرق يبقى على الحرية: والحر اذا تصرف في ملك نفسه على وجه يبطل حق الغير لم يجز كما إذا باع الرهن أو العبد المديون فكذا العبد فيما بقي على الحرية، وإذا ثبت أن هذا الشراء مملوك للعبد، وكان محجورا لضرر المولى كان الجواز بإذنه بحكم (زوال)(٢) المانع وارتفاع الحجر لا بالتمليك والتولية ضرورة كالمولى يبيع عبده المديون بإذن الغريم أو المرهون بإذن المرتهن؛ لأنه إذا لم يملك التصرف بتمليكه لم يصح تخصيصه ؛ لأنه تخصيص بالشرط فيما لايملك كما إذا أعتقه بشرط أن يعمل كذا دون كذا، وأذن المرتهن الراهن في البيع بألف لا دونه ودينه خمسمائة، لم يصح تخصيصه أو أمره بالبيع من زيد دون عمرو.

وكذلك إذا كاتبه بشرط أن يكسب كذا دون كذا.

١ ـ أى ثبت الدين على العبد

٢ ـ في نسخة (ب) : «زال»

فإن قيل : أليس المأذون لايملك الكتابة(١) بخلاف المكاتب؛ لأن المولى خص التجارة فنفذ تخصيصه ؟

قلنا : العبد كان محجورا لما ذكرنا : أن الدين يتعلق بالمالية وهي للمولى فاحتيج إلى إذنه لسقط حقه في ضرر الدين.

والدين نوعان : دين تجارة ودين ماليس بتجارة.

ودين التجارة أقل ضررا بمالية الرقبة؛ لأن دين التجارة يجب بمال يكسب بإزائه فيتعلق بالكسب أولا ثم بالرقبة.

ودين ماليس بتجارة يتعلق بالرقبة لاغير، فرضاه بسقوط أخف الضررين لايدل على سقوط الأعلى فصح التخصيص فيما هو حقه من ضرر يلحقه بأن ميز ضررا عن ضرر لاتصرفا عن تصرف.

فأما دين التجارة فله باب واحد في الأضرار. وإذا رضى بدين يلحقه بجهة التجارة في البر. وإنه والتجارة في الحنطة واحد. بطل تخصيصه في حق الضرر. والضرر واحد.

وتعليلنا لإبطال التخصيص في التصرف بخلاف الوكيل والشريك والمضارب؛ لأن الأمر بما أمر ولاه على نفسه؛ لأن الدين بنفس التصرف يلحقه ذمة الآمر وذمته له، فصار كالآمر ببيع ماله. فالمستحق بالبيع عين مال وذمة. فإذا كان أحدهما للآمر كان تولية وتمليكا لا إطلاقا محضا.

وبخلاف الأمر بالنكاح؛ لأن العبد نفسه مملوك للمولى بحق ملكه رقبته كما يملك بيعه وإنكاح أمته.

١ ـ أى لايملك شراء نفسه.

ألا ترى أنه يزوجه على كره من العبد(١) عندنا، فكان الأمر به تمليكا لنفس التصرف لا إطلاقا كالأمر بإنكاح الأمة، فثبت أن شراء العبد من قبيل الإقرار على نفسه بالقصاص هو مملوك للعبد كما قبل الاسترقاق.

وإنه ممنوع محجور عن التنفيذ لما يتضمن من إبطال حق الغير من صفوة مالية المولى كبيع الحر العبد المديون، أو المرهون، فكان الإذن من ذي الحق إطلاقا برفع الحجر، لا تولية بخلاف قوله : «اشتر لي طعاما للقوت فإن الثمن في مثله يلزم المولى، فكان تولية.

وإذا كان إطلاقا للشراء وكان مشتريا بولاية نفسه ولا يملك ببيع ما اشترى لنفسه بأمر غيره. بل يحكم أنه اشتراه لنفسه وبيد قائمة له فيه بحكم فك الحجر عنه كما يكون بالكتابة.

/دل عليه - وفيه الجواب عن احتجاجه(٢) بعدم ملك المال: أن أصل الفعل الإختياري [٤٠٤ب] مما يملك الحي بحياته، والصحة فيما هو كلام يتعلق بفعله وتمييزه في الأصل، ومن حيث الشرع بالخطاب، والوجوب متعلق بالذمة على ما مر، وشيء من هذه الأوصاف لم يملك المولى، فالعبد في أنه حي عاقل مخاطب له ذمة باق على حريته على ما بينا في موضعه.

ولهذا تناوله خطاب الله تعالى ولزمته أحكام الشرع. وإنها لا تلزم الأموال المملوكة. وصح إقراره بالقصاص.

١ ـ كان الأولى أن يقول رحمه الله : «أن للمولى أن يزوج العبد على كره منه» أي بتقديم الإسم على الضمير.

٢ ـ أي احتجاج الشافعي رحمه الله.

فعلمنا أن التصرف بعد هذا إنما يقف على النفاذ؛ لأن محل التصرف الذي (يتسحق) (١) به مملوك لغيره أو يتصل الضرر بملكه، وبينا أن نفس المحل غير مستحق للمولى؛ لأن الشراء لا يتناول ملك المولى بوجه، فثبت أنه وقف بضرر يتصل بملكه.

ولهذا قلنا : أن العبد المأذون إذا كان كافرا صح شراؤه الخمر، لأنه يشتري لنفسه كما لو أعتق.

ولهذا قلنا : المولى لايقيم الحد عليه؛ لأنه لا يلزمه من حيث أنه نفس مخاطبة؛ لا أنه مال. والمولى لم يملكه من هذا الوجه.

ولهذا قلنا : إن الحر يقتل بالعبد؛ لأن القصاص يجب بإتلاف الحياة. والعبد مالك من هذا الوجه فساوى الحر فيه(٢) .

ولهذا قلنا : إن الدية اذا وجبت بقتل العبد يعتبر بضمان الدماء دون الأموال؛ لأن دمه مضمون. والقتل لإتلاف الحياة وإراقة الدم والمال بيع فيه من حيث الوضع والقصد(٣) .

فهذه المسائل لاتعرف إلا بمعرفة ما رق من المملوك. وصار مالا مما لم يصر وبقى على ما كان.

١ ـ في نسخة (ب) : «ليستحق»

٢ ـ راجع للتفصيل كتاب الديات /مسألة قتل الحر بالعبد (لوحة ٥٠٢ ب وما بعدها من نسخة سراى أحمد الثالث)

٣ ـ يرجع أيضا كتاب الديات /مسألة دين العبد (لوحة ٥٠٣ ب من سراى أحمد الثالث. والهداية ٢٨٦/٩-٢٨٧ وشرحها العناية ٢٨٧/٩.

وكذلك النكاح لايبطل بالسبى عندنا(١) ؛ لأن المملوك بالنكاح ليس بمال، والسبى سبب ملك المال؛ لأنه استيلاء كالاصطياد والاحتطاب فلا يعمل فيما ليس بمال كما لايعمل في إبطال قصاص عليه.

— * —

١ - بل يبطل بالاحراز بدار الاسلام لتباين الدارين بينها وبين زوجها ولذا لاتحل للسابى وغيره قبل الإحراز بدار الاسلام، ولا تقع الفرقة إذا سبى الزوجان معا. (يرجع للمزيد من المعرفة بدائع الصنائع ٢/٢٦٨، ٢٦٩ وفتح القدير لابن الهمام ٣/٢٩١-٢٩٢).

مسـألة

[الخلاف في حكم سكوت المولى على بيع وشراء عبده]

إذا رأى عبده يبيع أو يشترى فسكت كان إذنا في التجارة(١) ٠

وقال الشافعي : لايكون(٢) لما ذكرنا أنه توكيل وأمر فلا يثبت بالسكوت كما إذا رآه يبيع مال المولى فسكت لم يجز البيع٠ ولأنه لما لم يجز بيعه ذلك المال بدلالة السكوت، فلأن لايجوز بيع مال آخر بعده أولى٠ ولما لم يثبت الإذن فيه ففي غيره أولى٠

ولأن السكوت ليس بإذن وضعا ؛ لأنه محتمل، فقد يكون في نفسه عن سخط وقد يكون عن رضا وعن خديعة ليتمكن منه٠ فلا يثبت بالسكوت كلفظ يحتمل ضروب معان، لا يثبت واحد منها عينا بالشك٠

ولا يلزم البكر إذا زوجت فسكتت(٣) : لأن (المزوج)(٤) إن كان غير الولي لم يثبت الأمر والتوكيل، ولم يجز النكاح بالإجماع٠ وإن كان وليها فليس ذلك من مسألتنا في شيء(٥) ٠

١ ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ١٩٢/٧ والعناية ٢١٤/٨ وتكملة البحر الرائق ٨٧/٨

٢ ـ مغنى المحتاج ١٠٠/٢ وهو أيضا قول زفر - رحمه الله -٠ (بدائع الصنائع ١٩٢/٧ والهداية ٢١٤/٨)

٣ ـ جواب عن إشكال وارد على عدم اعتبار السكوت إذنا٠ وهو سكوت البكر عن إظهار رضاها بالقول، فإنه يعتبر رضا منها٠

٤ ـ في نسخة (ب) : «الزوج»

٥ ـ لأن الولي أحق بالبكر عند الشافعية وإن كانت بالغة٠ ولكن المستحب أن يستأذنها واذنها صماتها٠ (المهذب ٣٨/٢)

ثم الفرق بينهما : أن القياس أن يجوز نكاح الولي بغير أمرها كما في الصغر لقيام الولاية إلا أن الشرع علق بإستئمارها بعد البلوغ نظرا لها(١) والبكر تستحيي عن إظهار الرغبة فيه، فلو علق معرفة رضاها بنطقها لفات حقها في النكاح، فجعل سكوتها رضا بهذه العلة،

وفي مسألتنا ليس بالمولى مانع عن النطق بالرضا لقيام السكوت مقامه،

ولا يلزم بطلان حق الشفيع بالسكوت عن الطلب؛ لأنا عللنا لأن لا نجعل السكوت رضا(٢) ولم نجعله رضا هناك إلا أن الشفيع لم يكن له حق في المبيع بوجه، فإن البائع لو جعله هبة لم يكن له حقا، إلا أن الشرع جعل له حق أن يثبت له حق التملك على المشترى بالطلب على المواثبة(٣) ، فإذا لم يواثب لم يثبت

١ ـ جاء في حديث ابن عباس رضي الله عنهما : أن النبي ﷺ قال : «الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر، وإذنها سكوتها،»

أخرجه مسلم - في النكاح / باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت (١٠٣٧/٢)

وحديث أبي هريرة رضي الله عنه : أن رسول الله ﷺ قال : «لاتنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن،»

قالو : يا رسول الله ! وكيف إذنها ؟

قال : «أن تسكت،»

الحديث متفق عليه،

وهو عند البخاري - في النكاح /باب لاينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها (٣٢١/١٦)

وعند مسلم - في النكاح /باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت (١٠٣٦/٢) وفي الباب أحاديث وروايات أخرى (راجع نصب الراية ١٩٠/٣-١٩٥ وتلخيص الحبير ١٦٢،١٦٠/٣)

٢ ـ بل اشترطوا فيه لفظا من الشفيع كتَمَلَّكْتُ أو أخذت بالشفعة ونحو ذلك،

(مغنى المحتاج ٣٠٠/٢)

٣ ـ المواثبة : هي المطالبة على وجه المسارعة والمبادرة، =

له الحق (إلا)(١) إن بطل بالسكوت حق له ثابت كمن قال لآخر : «بعت منك (عبدي)(٢) بألف» فلم يقبل حتى قام لا نقول : بطل من حق له ثابت شيء، بل كان له أن يثبت لنفسه حقا زائدا بالجواب على المواثبة، فإذا لم يفعل لم يثبت،

(ولأنا) (٣) عللنا : لأن لا نثبت الأمر بالسكوت، وههنا أمر، و(لأنا)(٤) سلمنا أن للشفيع حقا، فذلك حق يثبت له دفعا لضرر الدخيل عليه، ولكن بشرط أن لا يلحق المشترى ضررا، ولو لم يبن على (المواثبة)(٥) لتضرر المشترى؛ لأنه يضطر إلى أن يقف عن التصرف فيه ليظهر حال الشفيع في طلبه وعدمه أو ينصرف فيقضى عليه بطلبه بعد ذلك، فيبنى على (المواثبة)(٦) حتى يندفع الضرر عن المشتري؛ (لأنه)(٧) إن طلب سلم، وإن لم يطلب بطل حقه فلا يلحقه ضرر بطلبه بعد ذلك،

= قال في المغرب : «وقوله : الشفعة لمن واثبها : أى لمن طلبها على وجه المسارعة والمبادرة، مفاعلة من الوثوب على الاستعارة» (المغرب ٣٤١/٢)

الوَثْب : الطفر والقفز، من وَثَبَ يَثِبُ وُثُوبًا ووَثَابًا،

وأَوْثَبْتُهُ و وَاثَبْتُهُ : بمعنى سَاوَرْتُه،

والمواثبة : المساورة ، ويستعملها العامة بمعنى المبادرة والمسارعة

(الصحاح ٢٣١/١ ولسان العرب ٧٩٢/١، ٣٨٥/٤، والمغرب ٣٤١/٢ والمصباح المنير ٦٤٧/٢، ٢٩٤/١)

١ ـ في نسخة (أ) : «لا»

٢ ـ في نسخة (أ) : «عندي»

٣ ـ في نسخة (ب) : «ولا»

٤ ـ في نسخة (أ) : «لأن»

٥ ـ في نسخة (ب) : «المواية»

٦ ـ في نسخة (ب) : «المواية»

٧ ـ في نسخة (ب) : «لأنها»

واحتج محمد بن الحسن في الأصل بأن الحجر الخاص لايرد على الإذن العام نحو أن يكون انتشر إذن العبد في الناس فيحجر عليه في بيته فإنه لا يصير محجورا عليه مالم يبلغ الناس حجره؛ لأنه لو ثبت الحجر لصاروا مغرورين من قبله بالإذن السابق، فإنهم يبايعون على ذلك، فينوى ديونهم بالتأخر إلى العتق، ولا يدري أيعتق أم لا ؟

فلما بطل حكم نص الحجر دفعا لضرر الغرور عن الناس في هذا (فلأن)(١) يبطل حكم احتمال عدم الرضاء بالإذن من السكوت لدفع ذلك الضرر بعينه أولى، وإذا بطل سائر الوجود تعين السكوت لجهة الرضاء بالإذن،

فإن قيل : هذا البناء لايستقيم؛ لأنه قد وجد منه إذن نصا يصيرون به مغرورين من قبله لو ثبت الحجر قبل علمهم، وما وجد ههنا إذن يصير به غارا، بل هم صاروا مغترين ببنائهم علمهم على سكوت محتمل؛ والمحتمل ليس بحجة،

قلنا : من عادات الموالى نهي العبيد عن التجارة إذا لم يريدوا إذنه، ومطلق الأعمال وإذنهامحمولة على العادةمالم تغير عنها/ بدليلها،فيصيرون مغرورين بانصراف [٤٠٥أ] السكوت إلى العادة لو اعتبرنا ما أراد بقلبه بخلاف العادة، وأنه أمر باطن فكان دون النص الظاهر بالحجر، فلما رد النص فهذا أولى،

ألا ترى الدراهم إذا سميت انصرفت إلى نقد البلد، وإن كانت الدراهم في العالم ضروبا مختلفة بدلالة العرف والعادة،

فإن قيل : هذا يبطل بعدم جواز ما باع من ماله،

١ ـ في نسخة (ب) : «فلا»

قلنا : لايبطل؛ لأنا بهذا التعليل اثبتنا إذن العبد في التجارة، وإنه غير إذن العبد ببيع مال نفسه على ما بينا في المسألة الأولى(١) ، بل الإذن في التجارة من قبيل إذن المرأة البكر بنكاحها للمولى وقبيل حق الشفيع.

وبيانه : أن حق المولى في ماله حق ملك الرقبة، وضرره في زوال ملكه بإبطاله ما أراد بقلبه مما يضاد الرضاء فوق ضرر المشتري (في شرائه بناء على أنه مأذون؛ لأن الشراء متى جاز بطل ملك المولى في المبيع، ومتى لم يجز لم يبطل من حق المشتري)(٢) شيء، لأن الثمن لا يلزمه، وإن سلم استرده(٣) إلا أن ينوى عندالعبد فيتأخر إلى العتق، ولما كان ضرر المولى فوق ضرر المشتري ترجح اعتبار هذا الجانب فجعل غير رضا.

فأما في أن يصير العبد مأذونا في التجارة فلا ضرر للحال؛ لأنه لا ينتقص (به)(٤) ملكه فيه، ولا يختل ولا يتعيب.

وفي الثاني عند الشراء أن لحقه دين استفاد عينا مثله يعد له فيكون الضرر منجبرا، ولو لم يثبت الإذن لتأخر حق المدائن إلى حين العتق، فيكون ضرره فوق ضرره فأوجب ترجيح جانب الإذن.

وكذلك المرتهن إذا رأى إنسانا يبيع رهنه وهو ساكت لايبطل حقه؛ لأن حقه ملك اليد على الرهن إمساكا بدينه وإنه نظير ملك الرقبة حق ثابت يبطل بالبيع.

١ ـ وهي مسألة الإذن في نوع يصير إذنا في الأنواع. (راجع ص :٣٩٦)

٢ ـ ما بين القوسين تكرر في نسخة (أ)و (ب)

٣ ـ أي إن سلم المبيع استرد الثمن.

٤ ـ غير موجود في نسخة (ب) «به : أي بالإذن

والمعنى بالحق فيما نحن فيه حق دفع ضرر يتوهم لحوقه مثل حق الشفيع، فإنه ما بطل من ملكه شيء بالشراء ولا بعيب، ولكن يتوهم لحوق ضرر عسى بالدخيل كحق المولى في الإذن، فإن عبده بعد الإذن كما هو قبله ولكن يتوهم ضرر خسر يلحقه، والتعليل وقع لمثله،

فأما قوله : «إن الشفيع ماله من حق» فغلط فالشرع جعل الشفيع أولى بالعرض عليه من غيره إذا أريد بيع شفعته، فلما جعل مقدما شرعا كان ضرب حق، ولكن ثبت له ذلك لدفع ضرر يتوهم لا لملك ينتقص كالحجر على العبد حق المولى ثابت لكن لدفع ضرر يتوهم بتجارته لا لملك يزول للحال أو ينتقص أو يتعيب، فقد ذكرنا أن العبد مالك للتصرف الذي هو تجارة، والمولى لايملك عليه،

فإن قيل : إنا لا نسلم أن الحجر الخاص لايرد على الإذن العام،

قلنا : إن لم نسلم فقد ألحقنا به من الكلام ما يكون حجة بنفسه من اعتبار الضرر والغرور: فإنه لا ضرر في الاسلام ولا غرور بالنص(١) والإجماع،

١ ـ قال رسول الله ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» سبق تخريجه في الجزء الأول ص : ٣٤٧.

وجاء في حديث رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال : «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر وبيع الحصاة»

أخرجه مسلم - في البيوع/ باب بيع الحصاة والبيع الذي فيه الغرر (١١٥٣/٣)

وأبو داود - في البيوع / باب في بيع الغرر (٤٥/٥)

والترمذي - في البيوع / باب ما جاء في كراهية بيع الغرر (٥٣٢/٣)

وقال : «حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح»

وفي معناه نصوص كثيرة في شرعنا الحنيف،

ثم نجيب عنه فنقول : إنا أجمعنا أن نسخ(١) الله شريعة قد اشتهرت، لا يلزم قبل البلوغ، وإنما يلزم في حق من بلغه إلا أن يشتهر النسخ في نفسه فيرتفع الأول أصلا حينئذ في حق الناس أجمع، فلما لم يثبت النسخ من الله لحكم عام إلا بعد الاشتهار أو البلوغ نفيا لضرر عهدة الثاني قبل العلم عن الناس فلأن لا يثبت من العبيد أولى وفيه مثل ذلك الضرر،

وعلى هذا قلنا : إن عزل الوكيل لايصح مالم يبلغه(٢) ؛ لأنه نسخ،

ولا يلزم رب المال إذا حجر على المضارب(٣) وقد اشتهر أمره؛ فإنه يصح وإن كان خاصا؛ لأن ذلك الحجر لصيانة ملكه ليبقى عليه، والملك لايبطل دفعا لضرر الغرور على ما مر،

١ ـ النَّسْخ :

في اللغة : بمعنى إزالة والنقل والتغيير،

يقال : نَسَخَت الشمس الظل وانْتَسَخَتْه : إذا أزالته ونسخت الريح آثار الدار: أي غيرتها ونسخت الكتاب نسخا : نقلته

قال في اللسان (٦١/٣) : «النسخ : إبطال الشيء وإقامة آخر مقامه»

(يرجع للمعنى اللغوي الصحاح ٤٣٣/١ ولسان العرب ٦١/٣ والمصباح المنير ٦٠٢/٢-٦٠٣)

وفي الشرع : هو بيان لمدة الحكم المطلق الذي ظاهره البقاء، فكان تبديلا في حقنا بيانا محضا في حق صاحب الشرع،

(المغني للحبازي ص ٢٥١)

(راجع أيضا فتح الغفار ١٣٠/٢ وميزان الأصول ص ٦٩٨-٧٠٠ والتعريفات للجرجاني ص ٢٤٠)

وعرفه الجرجاني في كتابه (ص ٢٤٠) أيضا بأن : النسخ هو أن يرد دليل شرعي متراخيا عن دليل شرعي مقتضيا خلاف حكمه، ثم قال : «فهو تبديل بالنظر إلى علمنا وبيان لمدة الحكم بالنظر الى علم الله تعالى»

٢ ـ يرجع أيضا تحفة الفقهاء ٢٣٠/٢ والبحر الرائق ١٨٧/٧

٣ ـ سبق ذكره وتعريفه في ص :٢٧ تأتي مسائلها في كتاب الخاص في ٣ / ٢٧١

ولم يكن هذا نظير نسخ الله أمرا كان ؛ لأن النسخ ليس لصيانة ملك لله يخاف زواله بالله على ذلك، بل (لما)(١) أوجبته الحكمة من الإبتلاء لعادة، (و)(٢) الله تعالى ابتلانا على أن لا حرج علينا، فإذا كان اللزوم قبل البلوغ توقعنا في حرج عهدة اللزوم بلا إمكان الخروج منها ؛ لأنه لا إمكان قبل العلم لم يلزمنا، فكذلك في حجر جعل حقا لنا دفعا لضرر يلحقنا لا يلزم إلا بشرط أن لا يلحق غيره ضرر مثله على ما قاله الخصم في مسألة الشفعة،

ولما ثبت لنا بهذا الشرط لم ينفذ حتى يزول ضرر الناس وذلك بالشيوع،

ولا يلزم إذا رأى عبده يتزوج فسكت؛ لأنا لا نروى هذا الفصل، ولأن (الإنكاح) (٣) ملك المولى على ما قلنا : إنه يزوجه كرها عندنا (فلا يبطل)(٤) ملكه بالسكوت كما عن ماله، ولم يكن نظيرا لما نحن فيه الذي يوضحه أن الشفيع إذا أكره على تسليم الشفعة أو على أن لا يطلبه، لا يبطل (حق)(٥) الشفعة وإن ترك الطلبة وسلم ؛ لأنه لما كان مكرها بذلك انعدم دليل الرضاء،

فثبت أنه اذا سكت طائعا إنما تبطل شفعته لدليل الرضاء بناء على عادات الشفعاء بلا فرق بين حق الشفعة وحق المولى في حجر العبد، ولا فرق في بين السكوتين في أنهما دليلا الرضاء بناء على العادة،

فثبت أن هذه المسألة بناء على الأولى على الحقيقة،

١ ـ غير موجود في نسخة (ب)

٢ ـ غير موجود في نسخة (ب)

٣ ـ في نسخة (ب) : «النكاح»

٤ ـ في نسخة (ب) : «فلا يبطله»

٥ ـ غير موجود فى نسخة (أ)

وعلى هذا قلنا : إن الصبي إذا أذن له في نوع يصير مأذونا في الأنواع كلها(١) ؛ لأن الصبي في ماله متى صح إذنه لا يتصور منصرفا بحكم الولاية عن غيره، وأن يكون هو منصرفا بولاية نفسه فوق العبد في إكسابه،

ولما ثبت أن إذن العبد (فك حجر)(٢) واسقاط (حق مانع)(٣) ، فلأن يكون هذا كذا أولى وأحرى،

فإن قيل : العبد كملت له علة إطلاق التصرف بالبلوغ والصبي / لم يكمل، [٤٠٥ب]

قلنا : إن العلة الشرعية كاملة عندنا، لولاها لما كملت بالإذن؛ لأن نصب الشرائع ليس الى الولي، وعلى ما نذكر في تلك المسألة، إلا أن الصبي مع كمال العلة امتنع نفاذ تصرفاته بناء على غالب عادات الصبيان من نقصان آرائهم وعيبهم في تجاراتهم، وجعل أمر النظر لهم في أيدى أوليائهم وآرائهم، فإذا أذن له الولي، وأمره محمول على الصلاح علم أنه(٤) كامل العلة بشهادة الولي له والحجر يزول بزوال نقصان الرأى، فعلمت أن الصبي أولى بهذه النكتة(٥) من العبد،

وكذلك الصبي اذا رأى الصبي يبيع ويشتري فسكت كان إذنا ؛ لأن الضرر في المسألة الأولى كان يلحق المولى، وههنا يلحق الصبي لا الولي، فلما سقط حق

١ ـ يرجع بدائع الصنائع ١٩٣/٧ والعناية ٢٣٩/٨ وتكملة البحر الرائق ١٠٦/٨-١٠٧

٢ ـ في نسخة (ب) : «فك الحجر»

٣ ـ في نسخة (ب) : «حق المانع»

٤ ـ أى أن الصبي

٥ ـ وهي فك الحجر،

المولى في ضرره بسكوته مختارا نفيا للضرر عن الناس،فلأن يسقط ههنا وضرره أخف وضرر الناس أكثر (كان)(١) أولى.

وبيان خفة ضرره في أن يلحق غيره (وإنما يتصل)(٢) به من حيث (أنه)(٣) لم يستشريه. والشرع علق ذلك باستشرائه نظرا للصبي لا له(٤) ؛ لأنه لا يتصل بملكه شيء.

وبيان زيادة الضرر بالناس : أن ضرر حجر العبد في تأخر حقوقهم الى العتق. وضرر الحجر الصبي في أن يؤاخذ أصلا بما يلحقه بضمانه وعقوده وأقواله. ولا يلزم(٥) شيئا مما قلنا: العبد إذا آمن الكفار(٦) ، فإنه لا يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف وإن سكت(٧) . وإذا خص صح تخصيصه، ولا يتناول حق المولى ؛ لأنا عللنا لصحة العبارة بالعقل والتمييز . وصحة الأمان لا يتبنى عليه، فإنه لا يصح من الكافر، وهو صحيح العبارة.

ثم الجواب أن الأمان من العباد على ما بينا في موضعه.(٨) وما للعبد

١ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٣ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٤ ـ أى لا للمولى

٥ ـ جواب عن إشكال ورد على سكوت المولى على تصرف العبد بالأمان على الكفار

٦ ـ أى أعطاه الأمان

قال في الصحاح (٢٠٧١/٥) : «الأمان والأمانة بمعنى، وقد أمنت فأنا آمن. وآمنت غيرى، من الأمن والأمان.» (راجع أيضا لسان العرب ٢١/١٣)

٧ ـ أى سكت المولى على تصرف العبد بإعطاء الأمان للكافر.

٨ ـ في كتاب السير - في فضل الأمان الموقت (لوحة ٥٧١ ب من نسخة سراى أحمد الثالث.)

ولاية القتال ؛ لأن المستحق بالقتال بدنه وهو ملك المولى أو هو من جملة الولايات المتعدية إلى الناس، وإنها لا تملك إلا بكمال الحال بالحرية والبلوغ حتى لم يكن لهما شهادة وولاية سلطنة، فإنما يملك بتمليك المولى كالوكالة بالتصرف في ماله،

ومن مشائخنا من يقول : إن الإذن في نوع لما كان اذنا في الأنواع، علم أن الإذن يثبت بلا نص إذن (فيثبت)(١) بالسكوت (أو لما ثبت بالسكوت)(٢) علم أنه لايختص بنوع من طريق الأولى لوجود أصل الإذن، وإنه فاسد لأنا أبطلنا شرط التخصيص؛ لأنه تخصيص فيما لايملك، ولما بطل الشرط (في الإذن)(٣) بقي الإذن مطلقا، فلم يثبت بالسكوت شيء، وإنما أثبتنا الإذن مع السكوت لما في السكوت من الدلالة عليه بحكم العادة، وليس في الإذن خاصا مع النهى عن غيره دلالة العموم، مع ذلك يثبت عاما، فثبت أن الوجه فيه ما قلناه،

ولهذه المسألة مناسبة بأصل كبير، وهو علة صحة التصرف عندنا : أن يصير المتصرف صحيح العبارة ؛ لأن التصرف ركنه العبارة، والمال محل وشرط، وصحة العبارة تبتنى على المعرفة والتمييز لا غير، حتى صححنا بيع مال الغير بغير إذنه، وصححنا التكلم بالطلاق وقبل الملك مضافا الى الملك؛ لأنه صحيح العبارة،

١ ـ في نسخة (ب) : «فثبت»

٢ ـ غير موجود في نسخة (ب)

٣ ـ غير موجود في نسخة (أ)

وعند الشافعي : مالم يملك لا يصير صحيح العبارة عن التصرف في المحل إلا على سبيل النيابة بأمر صحيح، والعبد بماله ملك مال ولا هو من أهله، فلا يلى هذه الولاية إلا بأمر(١) . ولأن الأمان تصرف على الناس أجمع فيحتاج إلى ولاية على الغير، وإنها تبنى على كمال الولاية في حق نفسه والكمال في الحرية، ألا ترى أن العبد لا يرث ولا شهادة له وإن بلغ وعقل ؛ لأنهما بمنزلة الولاية على الغير على ما بينا في موضعه،

— * —

١ ـ راجع المهذب ٢٦٩/١ ومغنى المحتاج ١٥/٢، ١٠/٢

مسـألة

[الخلاف فى حكم الإذن للصبى العاقل في التجارة]

قال علمائنا : يصح إذن الصبي العاقل في التجارة،

وكذلك لو اشترى لغيره أو باع بأمره صح،

وكذلك لو قبل الهبة بأمر أو بغير أمر صح،(١)

وقال الشافعي : باطل كله(٢) ؛ لأنه محجور عليه شرعا بصباه، والصبا باق مع الإذن فيكون الحجر باقيا كما قبل (العقل)(٣) أو بعد الجنون، أو الإذن بالتصرف في مال الغير؛ لأنه ثبت لحق المالك، وإنه باق مع إذن الأب، ولا يلزم المحجور عليه للسفه(٤) ، فإن القاضي إذا أذن في التجارة أو وليه صح؛ لأنه حجر عليه للسفه، والسفه مما يزول ساعة فساعة فلا يبقى ببقائه بعد الإذن، والإذن من الولي دليل على زوال السفه،

١ ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ٢٠/٢٥ـ٢١ والهداية ٢٣٩/٨ والعناية ٢٣٩/٨ وبدائع الصنائع ١٩٣/٧، وتكملة البحر الرائق ١٠٦/٨ـ١٠٧

٢ ـ راجع الأم ٢٣٥/٣، والمهذب ٢٦٤/١، ٣٣٧/١، ٣٣٨ ومغنى المحتاج ٧/٢، ١٦٩/٢

٣ ـ في نسخة (ب) : «العقد»

٤ ـ السفه : هو خفة تعترى الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة،

وقد غلب هذا الإسم في استعمال الفقهاء على تبذير المال وإتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع، (كشف الأسرار على أصول البزدوى ٣٦٩/٤ راجع أيضاالمغنى للخبازي ص ٣٦٩ وفتح الغفار ١١٥/٣)

وهو في اللغة : الخفة والحركة، يقال : تسفهت الريح الغصن : حركتها واستخفتها، (الصحاح ٢٢٣٤/٦ ولسان العرب ٤٩٧/١٣، ٤٩٩ ومصباح المنير ٢٨٠/١)

فأما الصبى فأمر قدر بالبلوغ فلا زوال يرجى مع الإذن، ولأن القاضي إنما حجر على السفيه بإجتهاده ورؤيته الصلاح فيه، فإذا رأى الصلاح في إذنه فقد تبدل الدليل الشرعي الموجب للحجر فيتبدل الحكم كما لو كان حجرا بنص ثم ينسخ النص،

فأما ههنا فالحجر ثابت شرعا بالصبي لا بإجتهاد (أحد)(١) فلا يرتفع إلا بارتفاع الصبي، ولا عبرة للإجتهاد فيه،

وقد قلتم : (إن)(٢) الصبي إذا باع أو اشترى ثم بلغ فأجاز ذلك لم يجز لو صح كلامه لتوقف كالعبد يتزوج ثم يعتق، والمسألة من كتاب الوكالة في باب الوكالة بالتزويج،

وهذا كله؛ لأن الصبي في الأصل لا عقل له، ولا له ولاية استيفاء هذه التصرفات ولا عليه خطاب، فإذا عقل وصار يشبه البالغ بفعله ويشبه الطفل بنقصان عقله على ما عليه عادات الصبيان في عقولهم تردد حاله، فوجب المصير إلى الإجتهاد والمقايسة على ما ثبت بالنص من حاله، وكذلك بدليل العقل،

ثم أنا وجدنا الصبى خوطب بنفل العبادات دون فرضها لما أن في الخطاب بالنفل نفع محض في أن يتخلق بأخلاق المسلمين ويثاب عليه بغير حرج يلحقه لو تركه، وفي / خطاب (الفرض)(٣) لزوم للحال قبل الثواب؛ فألحقه الشرع بالبالغ [٤٠٦أ] فيما يتضرر فيه بالتحاق بالطفل والمجنون في أن لا تصح عبارته ولا يثاب عليه ولا يعلم، وألحقه بالطفل فيما يتضرر فيه بالتحاقه بالبالغ : وهو الفرض في أن لا يؤاخذ به ويحرج بتركه،

١ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٣ ـ في نسخة (ب) : «الفرد»

ودليل العقل يوجب ذلك أيضا ؛ (لأن)(١) الصبى سبب مرحمة به؛ لأنه حال عجز وضعف، فعلمنا أن الخطاب يسقط نظرا ومرحمة لا إضرارا وعقوبة،

وإذا ثبت هذه الجملة قلنا : إن التصرفات المملوكة بحق الملك مبنية على الخطاب ما كان يتعلق بها ضرر خاص كالهبة(٢) والإعتاق و الطلاق لا يثبت أصلا كأنه بهيمة، وما كان فيها نفع خاص محضا أو شرعا(٣) (كالتجارات)(٤) أثبتت له حكما، ونقل الاستيفاء إلى الولي نظرا له لعجزه مادام لايعقل، ولقصور رأيه بعد العقل، وإنه بالإجماع الولاية ثابتة للولي مالم يبلغ الصغير في تجاراته، وقبول الهبة له، ولما نقلت إلى الولى حصل النظر له فيها من جهته استغنينا عن إلحاق الصبى بعد العقل بالبالغ وهو غير بالغ طلبا للنظر له؛ لأن النظر فيه قد حصل بالولى، فيبقى على ما كان قبل الفعل؛ لأنه هو الأصل فيه وراء النظر،

١ ـ في نسخة (ب) : «لا»

٢ ـ أى كهبة الصبى لآخر

٣ ـ بل دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء

قسم فقهاء الحنفية ـ رحمهم الله ـ تصرفات الصبى إلى ثلاثة أقسام :

الأول : تصرف نافع محض، وذلك كقبول الصدقة والهبة يؤهل له قبل الإذن وبعده،

والثاني : تصرف ضار محض كالطلاق والعتاق، لا يؤهل له اصلا،

والثالث : تصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء

هذا القسم الذي ذهب فقهاء الحنفية إلى جواز تأهل الصبى العاقل له بعد الإذن، وعللوا ذلك بأن نقصان رأي الصبى ينجبر برأى وليه، (للمزيد من المعرفة راجع العناية ٢٤٠/٨ وبدائع الصنائع ١٩٣/٧)

٤ ـ فى نسخة (ب) : «كالتجارة»

ولا يلزم أنا صححنا منه اختيار أحد الأبوين من باب الحضانة(١) ؛ لأنه لا ولاية عليه في ذلك للأب، وفيه نفع عظيم لا يحصل بغيره.

وكذلك لا يلزم قولنا : إن وصيته صحيحة (بالقرب)(٢) ؛ لأنه نفع محض من حيث الثواب، فإن ضرر الزوال حاصل بالموت لولا الوصية ولما تمحض نفعا ولا يحصل بوليه ذلك صح من الصبي كما صح منه نفل العبادات.

وعلى هذا الأصل مسائل كثيرة، ذكرناها في إحرام الصبى(٣) ؛ إنه لازم ويلزمه كفارات الحج، ومن اسلام الصبى أنه لايصح، وقصرنا الكلام على التصرف في المال في هذا الموضع.

ولما ثبت أن الصبى ملحق بالذي لايعقل فيما ولى عليه وفيما فيه ضرر بحكم الشرع لم يرتفع بإذن الولي؛ لأنه ليس إليه نسخ الشريعة، وكما لا يرتفع في حق الطفل وكما لايلزمه الصلاة بإذن الأب دل عليه أن الإذن لو صح ملك الإقرار بالدين، والولي ما كان يملكه فيستحيل أن يملك المأذون من جهته مالا يملك هو بنفسه.

١ ـ الحَضَانَة : هي القيام بتربية الولد وتدبير شئونه.
(البحر الرائق ١٦٥/٤ وأنيس الفقهاء ص١٦٧ وبدائع الصنائع ٤٠/٤)
وهي مأخوذة من : حَضَنَ الطائر بيضه حَضْناً وحِضَاناً وحِضَانَة وحضونا : إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحيه.
وكذلك المرأة أذا حضنت ولدها.
وهي حاضنة والرجل حاضن.
(الصحاح ٢١٠٢/٥ ولسان العرب ١١٢٣/١٣ والمصباح المنير ١٤٠/١ والمغرب ٢١١/١)

٢ ـ في نسخة (أ) و (ب) : «بالعرف» والإثبات من مقابل نسخة (ب)

٣ ـ راجع كتاب المناسك/ مسألة الصبى إذا أحرم عنه أبوه أو أحرم بنفسه وهو يعقل.
(لوحة ١٠٣ ب من نسخة سراى أحمد الثالث)

ولعلمائنا : أن الصبى عاقل للتصرف، فيصح إذنه في الجملة بالتصرف قياسا على العبد البالغ والحر (المحجور عليه)(١) لسفهه وغير المحجور في الإذن بالتصرف في مال الغير من أذن له.

وإنما قلنا : عاقل : «لأن الخلاف في صبى يعقل التجارة والتصرف الذي أذن فيه.

وهذا لما مر في المسألة الأولى : أن الإنسان إنما يصير صحيح الكلام والعبارة بأن يتكلم عن معرفة وتمييز، لا تلقين أو هزيان.

ألا ترى أن صلاة الصبى صحيحة. وكذلك حجه. وبالعبارة ينعقد التحريمة والإحرام.

وكذلك وصيته صحيحة على أصل الخصم(٢) .

فأما قولهم : «إنه ملحق بالذي لايعقل شرعا فيما فيه ضرر» فمسلم لهم هذا الأصل.

فأما قولهم : «فيما ولى عليه» فغير مسلم (على ما أصل)(٣) الخصم : إن الحجر لحقه شرعا بعد ما صار صحيح العبارة نظرا له لا إضرارا به. وأن يحصل

١ ـ في نسخة (أ) : «والمحجور عليه»

٢ ـ ذكر في المهذب (٤٥٧/١) قولين في وصية الصبى المميز ؛ حيث قال : «إن كان صبيا مميزا أو بالغا مبذرا ففيه قولان :

أحدهما : لا تصح وصيته؛ لأنه تصرف في المال فلم يصح من الصبى والمبذر كالهبة.

والثاني : تصح ؛ لأنه إنما منع من التصرف خوفا من إضاعة المال. وليس في الوصية إضاعة المال ؛ لأنه إن عاش فهو على ملكه وإن مات لم يحتج إلى غير الثواب. وقد حصل له ذلك بالوصية.»

٣ ـ في نسخة (ب) : «على أصل»

النفع له بالولى، وكان موليا عليه فيما هو نفع محض، لا تخرج صحة عبارته في ذلك ونفاذه عن كونه نفعا له، بل فيه نفع من الوجهين جميعا، وكان الحجر ضررا محضا بأن يفوته ذلك النفع بعبارة نفسه فثبت للولى ؛ لأن البقاء للولى ينفعه فبقى له كأنه طفل وثبت له ؛ لأن الثبوت له ينفعه، فثبت كأنه بالغ كالصلاة صحت منه، كأنه بالغ؛ لأن الصحة نفع، ولم تلزمه(١) كأنه طفل؛ لأن سقوط اللزوم نفع، فثبت أن اعتبار الحجر بعد المعرفة مخصوص بالضرر؛ لا بولاية الولى عليه،

وإذا ثبت هذا قلنا : إن صحة العبارة في نفسها قبل أن يجيء إلى حكمه ولزومه نفع محض؛ لأن الآدمي إنما يشرف على غيره لصحة كلامه،

ألا ترى أن الفساد الذي هو ضده ضرر، والإنسان يذم بالهذيان، فمتى لم يصح يصير هذيانا،

والخلاف بيننا وبينه في الصحة،

فإن المذهب عندنا : أن الصبى اذا قبل الهبة يصح؛ لأنه نفع محض، وإذا باع ماله انعقد وتوقف على إجازة الولي كالراهن يبيع ماله المرهون فيتوقف على إجازة المرتهن،

وعند الشافعي : لا يصح، ولا يجوز بإجازة الولي كأن المعبر مجنون فيلحقه بصحة العبارة التي هي نفع (محض بالبالغ وبأن لا يلزمه بالطفل، لما في اللزوم من ضرب ضرر، فالتجارة مترددة بين نفع وضرر)(٢) وغبن وربح،

١ ـ أى لم تفرض الصلاة عليه،

٢ ـ ما بين القوسين ساقط في نسخة (أ)

وكذلك إذا باع مال الغير باذنه يصح عندنا(١) ؛ لأنه لا ضرر يلزمه بوجه، والصحة بلا لزوم حكم وعهدة نفع محض،

وكذلك إذا قبل الهبة يجوز؛ لأنه نفع محض،

وإذا ثبت جواز تصرفه في مال الغير بإذن الولى ففي مال نفسه أولى؛ لأن الملك إن لم يفد إطلاقا لا يوجب حجرا،

ألا ترى أن بيع الراهن الرهن صحيح بإذن ولى الرهن، لما صح بيعه ما لايملك بإذن وليه، كان هذا أجوز وأولى بالجواز،

وأما الجواب عن قوله : «إن الحجر في مسألتنا لحق الشرع، والولي لايملك تبديله» فقد مر أن الشرع ألحقه بالطفل فيما يضره لا فيما هو نفع محض، وصحة العبارة بلا لزوم حكم نفع محض، وليس فى اللزوم مع رأى الولى تبديل شرع، فإن الولى لو باشره لزم الصبى حكمه من ثمن في الشراء وزوال (ملك)(٢) في المبيع، فعلم أن الشرع أسقط ما في التجارة من توهم ضرر برأى الولى، ورجح جهة النفع معها وألحقها(٣) بقبول الهبة مع رأيه(٤) ، والخلاف بيننا

وبينك / في نفاذ تجارته مع رأى الولى وإجارته ما صنع، [٤٠٦ب]

وكان القياس أن لا يبقى عليه حجر إذا عقل التجارة مثل البالغ، إلا أن الشرع علق الإطلاق بالبلوغ أو برأى الولى لما أن الصبيان في غالب أمورهم على نقصان الرأى والخسر في التجارات، وإنما يعتدل عقولهم في الأغلب بالبلوغ، فعلق

١ ـ راجع مسألة بيع الفضولى

٢ ـ في نسخة (ب) : «ملكه»

٣ ـ أى ألحق التجارة

٤ ـ أى مع رأى الولى،

الإذن به أو بإذن الولى؛ لأن منهم من يهتدي قبل البلوغ ويعرفه الولى فثبت كمال حاله فيه بإذن الولى. والإطلاق بعد الكمال حكم الشرع لا نسخ له.

ولا يلزمنا إن لم نصحح وصيته(١) ؛ لأنه تبرع (بملك)(٢) كالهبة وإنما ينقلب نفعا بإتفاق حال الموت. ولا عبرة للحال كما إذا باع شاة أشرفت على الهلاك أو باع بأضعاف الثمن. بل العبرة للوضع ليكون أيسر علينا العمل بها كما في أصل الخطاب على ما عرف.

ولا يلزم فساد إختياره(٣) في باب الحضانة؛ لأنه يتردد بين ضرر ونفع. بل يختار ما يضره شرعا ويوافقه طبعا.

وأما الجواب عن قوله : إذا باع الصبى ثم بلغ فأجاز لم يجز؛ لأن عدم الجواز حين عقد كان؛ لأنه الحق فيما يلزمه بتصرفه بالطفل مالم يثبت كمال حاله بإذن الولى ورأيه أو بالبلوغ. فإذا لم يجزه الولي ولم يرض بقى على النقصان واللحوق بالأطفال فلا يقبل الجواز بكمال يحدث من بعد ببلوغه، وإذا أجاز الولي جاز؛ لأن الولي لما أجازه فقد رآه على كمال الحال فيما تصرف. فثبت الكمال حين تصرفه فارتفع الحاجز شرعا ، (كما)(٤) لو تصرف ثم تبين أنه كان بالغا بخلاف العبد إذا تزوج ثم عتق؛ لأن عدم الجواز كان لحق المولى لا لنقصان فيه، فإذا زال الحق بعد التصرف، فإن الإجازة تصح بملك حادث كالأمة إذا تزوجت نفسها ثم مات الولي فأجاز الوارث وهي لا تحل له.(٥)

١ ـ راجع أيضا بدائع الصنائع ٣٣٤/٧، واللباب في شرح الكتاب ١٧٨/٤

٢ ـ في نسخة (أ) : «بملكه»

٣ ـ أى اختيار الصبى

٤ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٥ ـ أى لا تحل الأمة للذى تزوجت نفسها.

وإنما أنكرنا الجواز بكمال حادث، وكان الوقف للنقصان فصار الصبى ملحق بالطفل في أن لا تلزمه تجاراته بدون ثبوت الكمال، وثبوت الكمال مرة بالبلوغ ومرة باذن الولي وإجازته،

والجواب عن فصل الإقرار : أن الولى إنما لايملك: لأنه لا يتصور الإقرار منه، فإنه يقر على غيره فيكون شهادة،، ولو تصور لنفذ؛ لأنه من التجارة،

— * —

[الخلاف في حكم بيع العبد بدين التجارة]

ويخرج عليه العبد يباع بدين التجارة عندنا(١) ٠

وعنده : لايباع(٢) ؛ لأن رقبته كسب المولى فلا يباع بدين التجارة قياسا على سائر كسوب المولى٠ وهذا، لأن المولى إنما أذن له في التجارة فلا يشغل غير مال التجارة بدينها ؛ لأن مال المولى لا يشتغل بدين ثبت بقوله قبل الإذن٠ وإنما يثبت الشغل بحكم الإذن فيقتصر على مال التجارة؛ لأن الإذن لم يحصل بغيرها٠

ولهذا قلت : لا يباع بدينه كسب العبد بقبول الهبة والاحتطاب ونحوه(٣) ٠

وكذلك لا يقضى دينه من أرش يده٠

وكذلك لا يؤاجر العبد نفسه(٤) ؛ لأنه كسب المولى كما لايؤاجر مالا للمولى غيره؛ لأن الإذن يتناول ما يحصل بتجارته بخلاف دين الاستهلاك؛ لأنه كان يشغل رقبته قبل الإذن فكذا بعده٠ ولأن بيعه بدين التجارة يحجره، فكان نقيض الإذن فلا يثبت به٠

ولعلمائنا : ما مر أن الحجر على العبد ما ثبت إلا لتعلق دين التجارة برقبة العبد مثل دين الاستهلاك٠ ولما كان الحجر لهذا المعنى واحتيج إلى الإذن ليزول

١ ـ يرجع إلى المبسوط ٤٨/٢٥ بدائع الصنائع ٢٠٣/٧، ٢٠٤ والهداية ٢٢٢/٨-٢٢٣ وتكملة البحر الرائق ٩٤/٨

٢ ـ مغنى المحتاج ١٠١/٢

وهو أيضا قول زفر - رحمه الله -٠ (راجع بدائع الصنائع ٢٠٣/٧ والهداية ٢٢٣/٨)

٣ ـ والأصح عند الشافعية - كما أشار إليه في مغنى المحتاج (٢٠/٢) - أن يؤدي دين العبد المأذون من كسبه بالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد ونحوه قبل الحجر عليه كما يؤدي من مال التجارة أصلا٠

٤ ـ مغنى المحتاج ١٠٠/٢

حق المولى في منع التعلق به بعد التعلق فيها كدين الاستهلاك قبل الإذن بخلاف ما لو أقر بدين في حجره؛ لأن الإقرار لم يصح في حق المولى فلم يظهر الثبوت في حقه.

(فأما الثمن فلا يلزم في حق المولى)(١) ؛ لأنه مقر بنفاذ البيع ولمعنى أنه لما ثبت أنه يشترى لنفسه بحكم فكاك الحجر بمنزلة المكاتب والحر فيما يلحقه من دين أو يحصل له من كسب بقدر ما دخل تحت الفك لا بالتصرف عن أمر. والفكاك يثبت في حق المنفعة واليد؛ لأن التجارة تكون (لمنفعة ويده)(٢) ؛ فكان كالمكاتب. إلا أن هذا فك غير لازم، وذلك لازم؛ لأن ذلك تبدل، فأشبه الإجارة، وهذا بغير بدل، فأشبه الإعارة.

واذا كان كذلك وجب أن يقع الكسب له بأى وجه اكتسب؛ لأن المنافع صارت تحدث له بحكم الفكاك في حقها كما تحدث منافع المكاتب للمكاتب ومنافع الحر للحر.

فكذلك ما يكسب من النفقة؛ لأنه فرعها فيعتبر لها. إلا أن العبد ليس من أهل ملك المال، فأقيم المولى مقامه في التملك حقيقة (و)(٣) حكما كالوارث مع الميت فيما كان للميت وفيما يحدث بعد موته كالدية، وكما لو رمى صيدا فمات قبل الإصابة ثم أصاب كان الملك للوارث بحكم القيام مقامه لعدم صلاحه للتملك بموته.

١ ـ مابين القوسين ساقط في نسخة (أ)

٢ ـ في نسخة (أ) : «بمنفعة ويد»

٣ ـ غير موجود في نسخة (أ)

وإذا كان القيام من هذا الطريق كان غريمه مقدما عليه؛ لأن قضاء دينه من حقه. وهو إن لم يصلح للتملك بعد الموت أو الرق فصالح لوجوب الدين عليه والقضاء عنه، فيقدر ما يصلح له لا يقوم خلفه مقامه.

وإذا كان كذلك استوى فيه كسب التجارة والصيد والحشيش والهبة؛ لأنها كلها فرع منفعته، فيكون غريمه فيها أولى من المولى.

وكذلك قلنا : إنه قبل الإذن لو اصطاد وعليه دين صرف ذلك إلى دينه؛ لأنه غير محجور عن الصيد وقبول الهبة فكان سبيلها أن يقعا له. ولكن يصير أن للمولى من الوجه الذي قررنا في المأذون، فكان الغريم مقدما عليه.

فلهذا ملك أن يؤاجر نفسه لما ذكرنا أنه أشبه المكاتب والحرفى المنافع واليد.

فإن قيل : فيه تسليم نفسه، ونفسه لا فكاك في حقها.

قلنا : الفكاك عن المنفعة يوجب قصرا (يد)(١) المولى/ عنه مادام يمضى على [٤٠٧أ] الفك. ولايمكن إلا بقصر يده على الرقبة وجعلها للعبد، فدخل تحته ضرورة كالمؤاجرة، فإنه يلزمه تسليم الرقبة. وكذلك في الإعارة إذا تممها سلم الرقبة. فكذلك ههنا، وكما في المكاتب. واذا كان كذلك صارت الرقبة في يد العبد بحكم الفكاك عن المنفعة، فيملك (التسليم)(٢) إلى غيره كالمستعير يعير غيره ويسلمه إليه، إلا أن المستعير لايملك أن يؤاجر، وهذا يملك؛ لأن المذهب عندنا أن من ملك المنفعة بعقد مقصود للتمليك لم يملك تقويمها بأكثر مما يقوم عليه حتى لو كان مستأجرا لم يملك أن يؤاجر بأكثر مما استأجر(٣) .

١ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٢ ـ غير موجود في نسخة (أ)

٣ ـ راجع كتاب الإجارة ص : ٢٥٦

وكذلك الموصى له بالسكنى لايملك أن يؤاجر.

والعبد لايملك المنفعة بعقد تمليك، ولكن بحكم الفكاك كما لو أعتق، وبعد العتق يملك لتولدها من أصل له كمن اشترى عينا ملك منافعه بحكم ملك الأصل وملك المنفعة. متى كان من هذا الطريق قبل التمليك بالبدل كيف شاء. فإن كان إشكالا فيه، فهو إشكال مسألة أخرى.

ولهذا يقضى دينه من أرش يده، فإنه ليس يقضى من كسبه بحكم الإذن والأمر، ولكن من حيث أنه أشبه الحر فيما تولد من منفعته. وبحكم الرق أشبه الميت، والمولى أشبه الوارث، فكان غريمه أولى منه.

وإذا كان كذلك لم يمنع وجوب القضاء من أرش يده أو بدل رقبته، وإن لم يتناولها الإذن كما يقضى دين الحر من أرش اليد وبدل النفس، وكذلك دين المكاتب.

فإن قيل : إن لم يكن ممتنعا فلم وجب القضاء منه. وهذا المال لم يتولد من منفعته التي وقع الفك عنها والتحق بالحر فيها ؟

قلنا : لما ذكرنا أن الفك عن المنفعة يجعل العبد في استحقاق المنفعة كالحر والمكاتب. فتصير يده كيد حر في استحقاق المنفعة. ولايمكن إلا بإثبات اليد على الرقبة. فتصير رقبته في يده بالإذن كما يصير المكاتب في يد نفسه. وكما يصير دار الإجارة (والإعارة)(١) في يد المستأجر والمستعير. وإذا صارت في يده وليده حكم يد المكاتب والحر، صار الغريم أولى باستيفاء دينه من بدل الرقبة وإجرائه من المولى القائم مقامه كما في الكتابة والإرث بعد العتق. فإن المكاتب متى قطعت يده صرف أرشه إلى دينه بحكم يد الفكاك. والفك في الحال لم يتناول إلا اليد. فأما نفس الرقبة فالفكاك عنها بالعتق. وهو معلق بشرط الأداء.

١ ـ ساقط في نسخة (ب)

ما ثبت له حق العتق للحال على ما بينا في مسألة جواز عتقه عن الكفارة(١) ٠

بخلاف من استأجر عبدا وقبضه، فإن حقه بيده لايسرى إلى بدل رقبة العبد، لو أتلف ووجبت قيمته؛ لأن اليد ثبتت له بحق ملك المنفعة مقصودا فلا يعتبر حقا (له)(٢) إلا لاستيفاء تلك المنفعة٠ ولا يتصور استيفاء منفعة العين من قيمته كما لايمكن استيفاؤها من عين آخر٠ وإذا لم يمكن انفسخ (العقد)(٣) فسقط حكم اليد٠

وأما في مسألتنا هذه فاليد ثابتة للعبد بحكم الفكاك عن حجر الرق كما عن المكاتب، فتكون يده بقدر ما ثبت كيد الحر ثابتة من جهة أنه أحق بنفسه بقدر الفكاك لا بحكم يده على المنافع من جهة مالك الرقبة فلا يبطل حكم اليد بفوات المنفعة إذا كان ثبوته من طريق أنه كيد الحر على نفسه٠ وإذا لم يبطل بفوات المنفعة وبقيت كما كانت حال قيام المنفعة ظهر حكم اليد فيما حصل فيها بأى وجه حصل٠ من حكمه أن غريمه أولى به من المولى كما في المكاتب والحر مع الوارث٠

والذي يوضحه وإن شئت ابتدأت الكلام به : أن الدين متى ثبت فى رقبة استوفى منها ما أمكن دليله دين الاستهلاك، فإن العبد يباع به بالإجماع(٤) ٠

١ ـ راجع الأيمان/ مسألة تحرير المكاتب عن التكفير(لوحة ٣٠٢ ب من نسخة سراى أحمد الثالث)

٢ ـ في نسخة (ب) : «لها»

٣ ـ في نسخة (أ) : «العقط» وهو سهو ظاهر٠

٤ ـ كما ذكر سابقا أن منشأ الخلاف هو تعلق دين التجارة برقبة المأذون٠ فقد ذهب الحنفية إلى أنه يتعلق برقبة العبد المأذون٠

وذهب الشافعية إلى أنه لا يتعلق برقبته ولا بذمة سيده بل يؤدى من كسب العبد٠ (راجع ص: ٤٣٠ والمراجع المذكورة فيها٠)

وأما إذا تقرر ثبوت الدين في الرقبة فلا مجال للخلاف٠

وكذلك دين الحر يستوفى من الرقبة بقدر الإمكان، وهو حال ما يصير مالا بالقتل خطأ، وقبل ذلك امتنع لتعذر الإمكان، وفي العبد الإمكان ثابت في الأحوال كلها.

فإن قيل : إنما كذلك في الحر؛ لأن بدل رقبته به ككسبه، وفيما نحن فيه الرقبة للمولى والكسب للعبد بحق الدين (لجعل)(١) المولى في دينه.

وأما دين الاستهلاك فقد مر الفرق بينهما.

قلنا : إن دين الاستهلاك لما تعلق بالرقبة بدون رضى المولى علمنا أنه لايفتقر إلا إلى زوال الحجر عن السبب وبالإذن زال الحجر عن السبب فالتحق بالاستهلاك قبل الإذن.

وهذا المعنى معقول، وهو أن الذمة تضعف بالرق؛ لأنه(٢) يصير حالا ولا ذمة لما هو مال محض، والذمة إذا ضعفت لم يجب فيها دين إلا ويتعلق حق الاستيفاء بالمال كدين المريض والميت.

وأقرب الأموال إلى الذمة رقبة صاحب الذمة فيصير الإذن بالمداينة رضا بانعلاق رقبته بدينه اقتضاء، فتعلق به كما تعلق بالكسب بالإذن نصا.

واذا كان كذلك صار كبدل رقبة الحر وتركته بعد موته.

فإن قيل : أجمعنا أن الرقبة لاتباع بالدين ما بقى الكسب.

قلنا : (لأن)(٣) حق الغريم متى وصل إليه من أى موضع وصل لم تصح مطالبته بالإستيفاء من موضع الوجوب؛ لأنه لا فائدة له فيه.

١ ـ في نسخة (أ) : «بجعل»

٢ ـ أى لأن الدين

٣ ـ في نسخة (ب) : «إن»

ألا ترى أن المولى إذا قضى دينه من ماله واستخلص الكسب لنفسه لم يكن للغريم حق المطالبة من الكسب، ولذلك لم تبع الرقبة إلا إذا تعذر الإيفاء من موضع آخر، ليس من حيث أن الدين يتعلق به بعد الكسب، بل الدين تعلق بالذمة متعديا إلى الكسب لضعفها بالرق كدين المريض على مذهبي ودين الميت

ولا يلزم على هذا دين لزم العبد حجره أو دين / غير التجارة في إذنه، فإنه [٤٠٧ ب] لايباع به؛ لأن اللزوم غير ثابت في حق المولى لعدم نفاذ التصرف ما هو محجور عليه، وإذا لم ينفذ في حق المولى صار كتصرف المجنون، ونفذ في حق العبد فلزمه في حقه، فلا يظهر ما بقى حق المولى كرجل أخبر عن حرية عبد في يدى رجل، وأنكر ذو اليد لم يظهر حكمه مالم يملكه المخبر، وإن كان خبره صحيحا؛ لأنه ليس بحجة على غيره، وهو حجة عليه، فكان ثبوت حكمه بقدر كونه حجة،

وإذا كان مأذونا كان التصرف الموجب للدين نافذا في حق العبد والمولى جميعا، فظهر حكم التصرف في حقهم جميعا،

وكخبر أتصل به تصديق ذى اليد أو كالشهادة بالعتق إذا تمت؛ لأنها حجة في حق الناس أجمع، وكدين الاستهلاك، فإنه يجب مع الحجر، ولا إثر الحجر في حق الفعل،

فهذه طريقة يعتمد عليها ابتداء غير مبنية على الفكاك، وفيها إيضاح لما تقدم، فإنه لما ثبت أن اشتغال محل الدين به لما كان من ضرورته أن الاستيفاء منه ضرورة بقدر الإمكان، وإيجاب الدين داخل تحت الإذن، فكذلك دخل تحته ما كان من ضرورته،

ألا ترى أنه دخل تحته شراء (مالابد)(١) للصناعة منه التي أذن (فيها)(٢) وإن كان الإذن يختص بالتخصيص على مذهب الشافعي.

وكذلك يتخذ الدعوة ويهدى المطعوم ويعير ما يتعارفه التجار ويؤخر الدين وإن كان تبرعا ؛ لأنه لابد للتجارة من ذلك. فدخل تحت الإذن بالتجارة ضرورة.(٣)

— * —

١ ـ في نسخة (ب) : «مالابد منه»

٢ ـ في نسخة (ب) : «فيها منه»

٣ ـ راجع أيضا الهداية ٢١٧/٨ وبدائع الصنائع ١٩٤/٧ وما بعدها.

مسـألة

[الخلاف في تملك المولى كسب عبده المديون]

قال أبو حنيفة - حمه الله - : المولى (لايملك)(١) إكساب عبده المديون إلا أن يكون غير مستغرق لكسبه فيملكه استحسانا كالوارث مع الميت.

وقال أبو يوسف ومحمد : المولى يملكها مع الدين(٢) ؛ لأن المولى يملكها إذا لم يكن ثم دين لخروجه عن أهل ملك المال أيضا بخلاف المكاتب؛ (لأنه)(٣) بالكتابة يتغير حكمه في نفسه، فيصير بمنزلة الحر يدا وتصرفا والتغير فيما نحن فيه كان بالإذن. وإنه غير مانع ملك المولى لكسبه بالإجماع، وبالدين لم يزدد (شيء)(٤) من الفك والدنو إلى العتق. وليس المولى من عبده بمنزلة الوارث من الميت؛ لأن الشرع نقل مال الميت إلى الوارث نظرا للميت على ما نبين في موضعه. إن انتفاعه بالانتقال إلى أقاربه أكثر من انتفاعه بالانتقال إلى الأجانب.

ثم نفعه في تقديم الغريم عليه جعل أولى منه وجعل المولى مرتبا على الغريم، بل نقل إليه؛ لأنه بالرق صار في حق ملك المال كالبهائم، وصار المولى من حيث المال مالكه كما يملك المولى منافعه.

فمن هذا الطريق قام مقامه فلم يترتب حكمه على الغريم، وإنما يقدم الغريم عليه استيفاء لا غير كما تقدم عليه في أملاكه.

١ ـ في نسخة (أ) : «يملك»

٢ ـ يرجع للمسألة إلى بدائع الصنائع ١٩٩/٧ والعناية ٢٢٩/٨-٢٣٠ وتكملة البحر الرائق ٩٩/٨

٣ ـ في نسخة (أ) «لأن»

٤ ـ في نسخة (أ) : «شيئا»

فإن القاضي يجبره(١) على قضاء الدين من ملك نفسه وتقدمه عليه فيه، فجاز التقديم عليه في كسب العبد.

إلا أنا نقول : مع الرق الثابت قد بينا أن العبد يتصرف لنفسه وسبيل كسبه أن يقع له. وإنما لم يقع لخروجه عن أهل هذا الملك كالميت بالموت.

وإذاكان كذلك كان الثبوت للمولى كسقوط حق المكسب في نفسه وحقه وإن سقط مملكا فما سقط قضاء لما يجب عليه بالإجماع، بل فيه أنزل منزلة الحر. وهذا يكفي مانعا ملك من قام مقامه في الملك لكونه غير أهل له.

ألا ترى أنه كيف منع ملك الوارث، وإن خرج الميت عن أهل التملك.

وكذلك المكاتب لايملك حقيقة ومنع حقه من حيث اليد والتصرف ملك المولى؛ لأنه التحق فيه بالحر حيث لزم مولاه. فكذلك العبد بعد الدين؛ لأن الإقتضاء منه يجب كما يجب حال الحرية، وهو لازم مولاه، لايمكنه إسقاطه إلا بالقضاء. فأما قبل الدين فقدر ما ثبت من الحق للعبد غير لازم، فلم يمنع ملك المولى بخلاف حق المكاتب وبخلاف الدين القليل؛ لأنا شبهنا هذا بالإرث والقليل ثم غير مانع استحسانا ، والكثير مانع؛ فهذا مثله.

وتشبيههما قائمة، لأنهما يقولان: إنا لانسلم أن حق قضاء الدين يمنع الملك. وفي الإرث لم يمنع قضاء الدين ملكهم، فإنه صحيح مع الملك، ولكن الوارث لم يرث مع الدين؛ لأنه لم يجيء حينه بعد؛ لأن نظر الميت في تقديم الغريم عليه أكثر. والإرث يتبنى على اعتبار النظر للميت على مانبين في موضعه.

١ ـ أى يجبر المولى

إلا أن شبهة أبي حنيفة قائمة؛ لأنه لايسلم أن الرق مع حاجة العبد إلى قضاء الدين سبب لملك المولى كسبه؛ لأن بقاء الرق لما لم يمنع لزوم الدين ذمته، وحاجته إلى القضاء أشبه الحر ولما كفاه الرق حاجة النفقة، فنفقته على مولاه أشبه البهيمة فيه، وصار كالميت الحر.

— * —

مسـألة

[الخلاف في حكم إقرار العبد بدين بعد الحجر عليه]

إذا أقر العبد بعد الحجر بدين (و)(١) في يده كسب، أخذ كسبه بدينه عند أبي حنيفة.

وقالوا : إقراره باطل في حق الكسب(٢) ؛ لأن الإقرار بالدين إنما صح في حق الكسب على أنه من التجارة، وبعد الحجر لايملك التجارة في الكسب، فكذا الإقرار في حقه.

ولأن كل كسب لايملك العبد التجارة فيه لايؤخذ بدينه قياسا على كسب المولى في يده وكسبه بالاحتطاب بعد الحجر، وعكسه حال قيام الإذن، ولأن كسبه ورقبته كانا سواء في حق الأخذ بالدين حال الإذن. وبالحجر بطل الإقرار بالدين في حق أخذ الرقبة به، فكذا الكسب.

ولأن الإقرار بالدين على وجه يطالب به في الرق كان ثابتا بالإذن فيزول بزواله قياسا على البيع.

ولأن المولى لو انتزع الكسب من يده لم يصح إقراره / بالدين في حق ذلك [٤٠٨ أ] الكسب، فكذا إذا حجر عليه؛ لأن يد إذنه تبطل بالحجر كما تبطل بالإنتزاع. وبيد الحجر لايملك شغل الكسب بالدين.

ألا ترى أنه لا يملك البيع بعد الحجر كما لو انتزع من يده مع قيام الإذن.

١ ـ غير موجود في نسخة (ب)

٢ ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ٨٦/٢٥ والعناية ٢٢٧/٨-٢٢٨ وبدائع الصنائع ٢٠٧/٧ وتكلمة البحر الرائق ٩٨/٨

ولأنه لو كان عليه دين الإذن لم يؤخذ بدين يقربه بعد الحجر، والإقرار بالدين حال الإذن كان مبطلا حق المولى على سبيل تقديم الغريم على المولى ويبطل حق الغريم على سبيل شركة الثاني إياه في الكسب.

ثم الحجر منع في حق الغريم ثبوت الشركة كما لو استوفاه ثم أقر. فكذا في حق المولى يمنع التقدم كما لو استوفاه ثم أقر.

ولأبي حنيفة : أن الأذن باق في حق الكسب الذي بقى في يد العبد في حق الدين فيؤخذ بدينه الثابت بإقراره للحال كما لو لم يحجر عليه.

وإنما قلنا : الإذن باق في حق ذلك الكسب؛ لأنه لو ارتفع (لأرتفع)(١) حكما بالحجر لا غير. فإن اليد على الحقيقة باقية وإنما يرتفع حكما بالحجر إذا لم يكن عليه دين. فإنا أجمعنا أنه متى كان عليه دين فالمولى محجور عن إبطال يده مالم يوف الدين. ولو أبطل واسترد بعض على المولى ذلك. فكذا الإبطال حكما بالحجر.

إنما يثبت أذا لم يكن عليه دين. ولما كانت ولاية الإبطال عليه بشرط عدم الدين لم يحكم بنفاذه مالم يثبت العدم بدليله. ولو لم يكتف له بعدم ثابت بعدم أدلة الثبوت كمن يقول لعبده : «إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر» فمضى اليوم لم يعتق إذا ادعى المولى الدخول وإن كان الأصل هو العدم. وهو ثابت بعدم دليل الدخول؛ لأن العدم جعل شرطا لثبوت العتق، فلم ينفذ العتق بعدم ثابت بعدم الدليل. فكذا هذا.

١ ـ ساقط في نسخة (ب)

وإذا لم يثبت الحجر بمثل هذا العدم يبقى الكسب على الإذن في حق الدين، فصار كما لو لم يحجر عليه فيه بقدر ما بقى كالحربي المستأمن(١) إذا عاد الى داره وخلف مالا لم يستغنم، وبقى على الحكم الذي كان هو معنا؛ لأن الأمان بقى في حق ماله كما كان، وإنه بمنزلة تركة الميت يؤخذ بدينه الذى يجب بعد موته؛ لأنه مبق على حكم ملكه في حق قضاء ديونه منه، وحق الوارث مرتب على الفراغ منه، فكذلك المولى مع العبد وإكسابه حق المولى مرتب على حق العبد في قضاء الدين من كسبه على ما بينا في المسألة الأولى(٢) .

وهذا بخلاف سائر تجارات العبد؛ لأن حق المولى في الكسب من حيث الحجر مقدم على حق العبد في بيعه وابتداء تصرفاته؛ لأن ما للعبد من التصرف غير لازم ليؤخر حق المولى، فلم يمنع نفاذ حجر المولى بحق تصرف العبد، وإذا نفذ لم يبق لليد العبد غيره، وهو يد محجورة، وبيد الإذن ما يملك، فاذا تبدلت اليد بطل كما لو انتزعه، وفي حق الإقرار بالدين لم يبطل لما كان حق المولى في الإبطال مرتبا على عدم الدين، ولم يثبت العدم حال الحجر بخلاف ما لو انتزع من يده ثم أقر؛ لأن اليد بطلت حقيقة لما انتزعه،

ومن حيث الحكم فيه شك، (وتجب الإعادة بشرط ثبوت الدين، وفي الثبوت شك)(٣) ، فلا تجب الإعادة وبعض الثابت به، فإذا لم تجب بقى الحكم لزوال اليد، وههنا اليد قائمة حقيقة، ويجب الإعدام حكما بالحجر، وإنما تتبدل حكما

١ - هو الحربى الذى دخل دار الاسلام بأمان .

٢ - راجع ص : ٤٣٠ و ما بعدها

٣ - مابين القوسين غير موجود في نسخة (أ)

بشرط عدم الدين. والعدم فيه شك فلا يثبت بالشك. فاليد الثابتة لاتبطل حكما بالشك في مسألتنا. وكذلك إذا انتزعه المولى وأثبت يده بخلاف ما يكسبه بعد الحجر، لأن حكم الإذن ما تناوله ولا تثبت علة يد الإذن بحال.

وبخلاف رقبته، فإنها تباع بدين ثبت بإقراره بعد الحجر؛ لأنها ليست من كسبه إذنه. وإنما كانت تباع حال الإذن بصحة الإقرار بقيام الإذن لا باليد. وقد بطل الإذن من التصرفات كيد المكاتب ويد الحر إلا أنها غير لازمة. ويد المكاتب لازمة. فإذا لم تتبدل اليد بالحجر وبقي على الإذن بقي حكمه.

وبخلاف دين ثابت قبل الحجر؛ لأنه كان يملك إشراك الثاني معه لقيام الإذن ليكون الإقرار للثاني مساويا للأول في القوة. وبالحجر يضعف؛ لأنه يبطل في حق المطالبة للحال إلا بقدر كسبه الذي في يده. وأشبه اقرار المريض بالدين وعليه دين الصحة. فإنه يترتب على دين الصحة؛ لأنه أقوى.

فأما في المولى فلا ابطال لحقه؛ لأن حقه مرتب على حق الغريم كما لا إبطال في حق الوارث إذا أقر المريض بدين. وإذا كان مرتبا عليه ضعف أم قوى لم يمتنع ثبوته بسببه.

ولأن يد العبد لاتبطل بحق الولى لا بشرط عدم الدين. فإذا شك لم تبطل. ويد العبد تبطل بحق الغريم عن الكسب. وإن كان عليه دين. فإنه لو قضى بعض الغرماء لم يسترد منه. والحجر إبطال فبطل كما بطل حق إنشاء التجارات.

وكذلك الحر إذا مرض يعتبر إقراره بالدين في حق غرماء الصحة بإنشاء تصرف يبطل حقهم من الهبة والصدقة.

وهذا بخلاف ما إذا باع المولى عبده المأذون وفي يده كسب فأقر(١) ، فإنه لايصح؛ لأنه صار كعبد آخر مما يجدد الملك فيه على ما عرف في غير هذا الموضع، وقد تجدد الملك فيما هو مال منه بدين الرقبة والمنفعة تبعا للملك؛ لأن البيع لايتم تبعا مالم يستتبع ملك المنفعة، واليد جميعا.

وإذا صار كعبد آخر حكما لتجدد الملك فيه لم يملك شيئا مما كان له بحكم الملك الأول. ألا ترى أنه لايستوفي حقوق عقده الذي/ باشره عند الأول، كأنه [٤٠٨ب] عبد آخر، وإن كان يستوفيها بعد الحجر.

وكذلك على هذا الاختلاف : الصبى الحر يحجر عليه وليه فأقر، وفي يده كسب إذنه(٢) ؛ لأنه بالإذن يلتحق بالبائع. بل هذا أولى؛ لأن الملك له حقيقة.

— * —

١ ـ أى أقر الدين.

٢ ـ يرجع أيضا إلى المبسوط ٨٨/٢٥ والعناية ٢٤٢/٨

مسـألة

[الخلاف في حكم افتضاض العبد أمة غاصبا باصبع]

اذا أقر العبد المأذون أنه افتض(١) هذه الأمة غاصبا باصبع لم يؤاخذ به للحال عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف : يؤاخذ به للحال(٢) ؛ لأن الأمة مال بجميع أجزائها، والعذرة جزء من أجزائها فيملك الإقرار بضمان إتلافه كما في سائر الأموال. فإنه اذا أقر بإتلاف جزء من غير الآدمي من الأموال ضمن. دل عليه : أن ضمان الإتلاف مثل ضمان الغصب لو اغتصب أمة بكرا فأفتضها رجل وهرب وأقر العبد المأذون بذلك أخذ به للحال. وإنه ضمان افتضاض جاء من غيره، فإذا جاء منه أولى. ولا يلزم إذا أقر بالإفتضاض بنكاح فإنه لا يلزمه؛ لأن المهر يجب بالعقد إذا كان نكاحا لا بالإتلاف. والعقد ليس بعقد تجارة، وإنما يلزمه من ضمان العقود ما كان تجارة.

ولأن حكم المالية من المستحق بالنكاح من الأمة والحرة يسقط شرعا على ما بينا في النكاح(٣) : إن المملوك بالنكاح الذي يقابله المهر ليس بمال؛ لأن المستحق به ليس بجزء من المرأة. بل المستحق منها ما يستحق من الثيب على ما بينا في النكاح. والعذرة تتلف تبعالما يستوفى بوطء الثيب. وإذا صار تبعا لما ليس بمال سقط حكمه في نفسه كالعبد إذا جنى عليه لم يكن ضمانه ضمان مال

١ ـ افتض : أزال بكارتها. وهو كناية في ذلك
وأصل الفض في اللغة : كسر بتفرقة
يقال : فضَّ الخاتم فانْفَضّ : أى كسره فانكسر.
(لسان العرب ٢٠٦/٧-٢٠٧ والمغرب ١٤١/٢)

٢ ـ يرجع للمسألة إلى المبسوط ٧٦/٢٥ وبدائع الصنائع ١٩٦/٧

٣ ـ راجع كتاب النكاح / أحكام النكاح (لوحة ١٨٨ ب من نسخة سراى أحمد الثالث)

حتى إذا كان نفسا وجب القصاص في عمده، وفي خطأه لا يزاد على الدية وإن ازدادت قيمة المالية عليها، وفي الأطراف اذا كان الجاني عبدا دفع به ولا يباع به ؛ لأن الآدمي يقصد مع نفسه بالجناية عليه لا المالية، فصارت المالية تبعا لما ليس بمال، فسقط اعتباره حتى إذا أقر العبد بسرقة قطعت يده فإن كذبه المولى،

وكذلك إذا أقر بالقصاص؛ (كأنه)(١) لا مالية ولا يقال : إن العذرة سقط عنها حكم المالية أيضا بالجناية عليها كما سقط عن سائر أجزائها؛ لأن وطءها ليس بجناية عليها وصفا،

ألا ترى أنه يباح بالعقد وبه تقضى المرأة شهوتها وإنه سبب لبقاء العالم على ما بينا في النكاح،

وإذا كان الوطء لقضاء الشهوة وسبب لإيفاء النفس بالنسل فارق الجناية التي هي لأخذ النفس فلا يسقط به حكم المالية عن ذلك الجزء فيبقى معتبرا بسائر الأموال إذا أتلف جزء منها من غير سقوط حكم المالية،

وكذلك إذا أزال العذرة بإصبع لما ثبت أن إتلافه ليس بجناية وبالجناية ما يسقط حكم المالية أو بالنكاح على ما بينا،

قال في الكتاب : «ودليل أنه ليس بجناية : أن المولى إذا صدقه بيع به، ولو كان جناية دفع به،

وأما أبو حنيفة ومحمد؛ فقد علل محمد وقال : «لأنه جناية، وتفسيرها : إن ضمان الإفتضاض ضمان جزء من الآدمي فلا يدخل الإقرار به تحت الإذن بالتجارة قياسا على الجناية،

١ ـ في نسخة (ب) : «لأنه»

وهذا؛ لأنه بمعنى ضمان الجناية في حق العبد المأذون من حيث أنه ضمان عما ليس بمال، والعبد المأذون إنما يملك بالإذن الإقرار بضمان التجارة، غير أن ضمان الإتلاف عندنا لما هو مال ملحق بضمان التجارة ؛ لأنه يفيد الملك في المضمون، فيصير بمنزلة الثمن، فإذا لم يكن المضمون مالا لم يصر تجارة كضمان العقد إذا لم يكن المملوك بالضمان مالا لم يكن تجارة كعقد النكاح، والعبد لا يملك الإقرار به ، وإن كان يباع به اذا ثبت بتصديق المولى،

وهذا لاشك فيه، إنما الشبهة في أن المضمون مال أو ليس بمال،

فقد زعم أبو يوسف أنه مال،

فالدليل على أنه ليس بمال : أنه متى أتلف على الوجه الذي أباحه الشرع بملك نكاح لم يكن مالا، وقد سلم أبو يوسف ذلك وعليه الإجماع،

وكذلك إذا أتلف على وجه الحرمة كالطرف اذا أتلف بالقطع على ما أباح الشرع بحراسته لم يكن إتلاف مال،

فكذلك إذا أتلف على الحرمة، وعكسه : المال من المطعوم والمشروب وغيره متى أتلف على الحرمة لما كان مالا، فكذلك إذا أتلف على الوجه المباح أو هلك بوجه مباح كان مالا؛ لأن المتلف لا يفترق حاله في نفسه أتلف على سبيل الحرمة أو الحل، فلما سقطت المالية حال القتل لضرورة المالية تبعا لما ليس بمال، فكذلك حال الحرمة تعظيما لأجزاء بنى آدم حيث لم تظهر المالية فيها إذا قصدت بالإتلاف حتى لا يقصد به كالمال،

وأصل المال علة للابتذال من كل وجه، والخطر فيه عارض بالشرع ومتى سقطت المالية - والآدمي في الأصل محصن عن الإتلاف إلا بعوارض - كان أحصن للآدمى وأوجب للحرمة،

إلا أن هذا الجزء فارق سائر الأجزاء بأن شرع إتلافه ببدل كما شرع في الأموال، فيتعبر به إذا أتلف على غير المشروع ولم يعتبر بالجناية، فنزل هذا الجزء منزلة المال، والنفس (فعبل) العبد لا يملك الإقرار بضمانه كما لو أقر بأرش الجناية، وإذا ثبت بيع به كما في ضمان المال وكما لو وجب بالعقد يباع به ولا يملك الإقرار به بخلاف ما إذا غصب العبد أمة فافتضها آخر وهرب؛ لأن العبد بالغصب ضمنها بكرا كذلك فضمن ما عجز عن رده وبرىء عما (رد كما لو)(١) ردها (عوراء)(٢) وكما ذهبت البكارة بغير فعل أحد/ ولو فقا عينها وأقر بذلك بلا غصب [٤٠٩أ] سابق لم يملك الإقرار به،

فصار سر المسألة أن أبا يوسف لم يسقط المالية عن العذرة إلا بالعقد واسقط عن سائر الأجزاء بالإتلاف قصدا،

وهما أسقطا المالية عن العذرة متي قصدت بالإزالة كما يكون بالعقد؛ لأن الأصل في جميع الأجزاء أن لا يعتبر مالا إذا قصدت بالإزالة فكذلك هذا الجزء، ولما فارق غيره بأن استحق إزالته بالعقد بضمان كالمال فيأخذ حكم ضمان المال بذلك القدر، وهو أن يباع به لا أن يعتبر مالا ويجعل ضمان تجارة،

— * —

١ ـ غير موجود في نسخة (ب)

٢ ـ في نسخة (ب) : «عذراء»

مسـألة

[الخلاف في حكم دعوى الدين على العبد المأذون بعد بيعه]

إذا باع المولى عبده المأذون وغاب فجاء رجل وادعى على العبد دينا لحقه في حال إذنه عند البائع وأقام البينة، لم يصح عندهما.

وقال أبو يوسف : يصح(١) ؛ لأن الدين يتعلق بعين العبد ويدور معه فيملك الخصومة بسببه من كان العين في يده، ولملك إثبات سببه عليه وإن تناول السبب غيره كما إذا قال : «هو رهن عندى من قبل البائع» وأقام البينة عليه، أو قال : «كان إجارة عندى»؛ بل أولى لأن تعلق الدين بالعبد بالعبد أكثر من تعلق الرهن بخلاف الموصى له بعبد إلى قبض العبد بعد موت الموصى فجاء رجل وادعى دينا على الميت؛ لأن الدين في ذمة المولى. وما هو بمتعلق بعين العبد في أصله. وإنما يتعلق به بالموت إذا ثبت الوجوب على الميت فيناول الدعوى في أصلها الميت دون العبد. وذو اليد ليس بخصم عن الميت. وههنا تناولت العبد وذو اليد خصم فيه.

وكذلك إذا اشترى عبدا بألف فقبض قبل نقد الثمن بغير إذن البائع. وباعه من آخر وسلمه وغاب ثم جاء البائع واراد استرداده (ليحبسه)(٢) وأقام البينة لم يسمع؛ لأن حق الحبس لا يثبت له بسبب البيع ليمكنه إثبات البيع؛ لأنه سبب حقه؛ لأن البيع سبب إزالة حقه في المبيع إلى المشترى لا إثباته له. وإنما ثبت له حق الحبس بناء على حقه في الثمن؛ لأن البيع يوجب لهما الحق المساواة وحق البائع تعين في المبيع بالإشارة. فجعل له حق الحبس ليتعين حقه في الثمن بالتسليم إليه.

١ ـ يرجع للمسألة إلى العناية ٢٣٧/٨ والبحر الرائق ١٠٦/٨

٢ ـ في نسخة (أ) : «لحبسه»

فثبت أنه يملك الحبس بناء على حقه في التعيين في الثمن، وذو اليد ليس بخصم عن المشترى الأول فيما لهذا عليه من الثمن، فلا يمكنه إثبات حق تعيين الثمن بالدعوى على ذى اليد، فلا يثبت حق حبس المبيع الذي لا يثبت إلا بناء عليه.

قال أبو يوسف : وهو قول أبي حنيفة في رواية (ابن سماعة)(١) .

ولهذا قلت : إن من اشترى دارا ثم وهبها لآخر ثم جاء الشفيع وأقام البينة في الموهوب له صح(٢) ؛ لأن حقه حق الشفعة متعلق بعين المشترى وذو اليد خصم في حق العين بحق نفسه فيصير خصما في إثبات سبب ذلك الحق وهو الشراء.

(و) (٣) لهما : إن دعوى الدين ليست بدعوى استحقاق العين؛ لأن العين مال، والدين لا يجب في المال ابتداء، فإن مالازمة له لا يلزمه الدين ابتداء، والذمة بلا مال يلزمها الدين، فثبت أن دعوى الدين دعوى شغل في الذمة وإذا ثبت تعلق بمعنى المال لا بعينه؛ لأن الذي يتعلق بالمال معنى الاستيفاء؛ (لأن)(٤) الاستيفاء لا يكون من الذمة، وإنما يكون من المال وعينه لا يستوفى به، وإنما يستوفى معناه، ولم يكن للغريم أخذ العين بوجه، والمعنى قد تبدل بتجدد الشراء؛ لأن المال المملوك للمشترى غير الذي كان للبائع فصار فيه كعبد آخر، فلا يتناول ما في يده ابتداء الدعوى ليخاصمه بحق نفسه، وهو ليس بخصم عن البائع؛ فبطلت الدعوى كما في مسألة الميت والموصى له بخلاف دعوى الرهن؛ لأن المملوك بعقد الرهن ثبوت يده على غير الرهن إمساكا لحقه قبل الاستيفاء.

١ ـ فى نسخة (ب) : «أبى سماعة» وهو تصحيف.

سبق ذكر أبن سماعة وترجمته في ص:

٢ ـ راجع أيضا العناية والهداية ٢٣٧/٨ والبحر الرائق ١٠٦/٨

٣ ـ في نسخة (ب) : «أو»

٤ ـ في نسخة (ب) : «لا أن»

ألا ترى أن الدين وإن كان مؤجلا (كان له حق الإمساك ولا يجوز بيع الرهن، وفي مسألة دين العبد متى كان مؤجلا)(١) كان للمولى أن يبيعه.

وكذلك المستأجر يملك قبض العين بحقه. والعين نفسها لا تختلف باختلاف الأسباب إنما يختلف ملك ما فيه من المال.

وكذلك الشفيع جعله الشرع أولى ببيع الشفعة من المشترى. والشراء يتعلق بالعين لا بالمعنى. والله أعلم.

— * —

تم كتـــــــــاب المأذون

— * * * —

١ ـ ما بين القوسين ساقط في نسخة (ب)

فهرس الموضوعات

فهرس الجزء الثاني

فصل أنواع البيع لاختلاف المبيع	٣
السلم	٣
القول في الشروط [الخلاف في شرطية الأجل]	٤
الخلاف في شرطية وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين المحل	١٤
الخلاف في حكم السلم في الحيوان	١٩
مسألة: الخلاف في حكم السلم في اللحم	٣٤
مسألة: الخلاف في اشتراط بيان مكان الإيفاء	٣٦
مسألة: الخلاف في اشتراط معرفة قدر رأس المال	٤٠
فصل في شروط البقاء على الصحة	٤٥
[الخلاف في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين الأجل]	٤٥
مسألة: الخلاف في حكم عقد السلم إذا ظهر العيب في رأس المال	٤٧
مسألة: تابعة لما قبلها	٤٨
فصل في الصلح في السلم	٥٣
فصل: [الخلاف في حكم صلح الكفيل بالسلم على رأس المال]	٥٣
مسألة: الخلاف في حكم صلح أحد ربي السلم على رأس المال	٥٤
فصل: القبض	٦١
فصل: عقد الاستصناع	٦٢
فصل: أنواع البدل، فصل المرابحة	٦٥
مسألة: الخلاف في حكم بيع أحد الثوبين المشترين بصفقة واحدة	٦٥
مسألة: الخلاف في بيع ثوب اشتري بعشرة ثم باعه بخمسة عشر ثم اشترى بعشرة مرابحة على عشرة	٧٢
مسألة: الخلاف في حكم البيع بالمرابحة فيما اشتراه ممن لا يجوز شهادة له	٧٥
مسألة: الخلاف في البيع مرابحة أحد الثياب المشترية بصفقة واحدة	٧٧
مسألة: الخلاف في حكم بيع المرابحة الذي خالف البائع في خبر ثمن شرائه	٧٨
مسألة: الخلاف في بيع التولية الذي خالف البائع في خبر ثمن شرائه	٧٩

مسألة: الخلاف في حكم تسليم الدار إلى الشفيع بزيادة من الثمن الأول ٨٢

فصل الاختلاف

(الخلاف في اختلاف العاقدين في قدر الأجل) ٨٦

مسألة: الخلاف في اختلاف العاقدين في مكان الإيفاء ٨٨

مسألة: الخلاف في اختلاف العاقدين في الأجل ٩٠

مسألة: الخلاف في حكم اختلاف العاقدين في الثمن بعد هلاك السلعة ٩٣

مسألة: الخلاف في اختلاف العاقد وورثة الآخرين بعد قبض المبيع ١٠٠

مسألة: الخلاف في اختلاف الزوجين في المهر ١٠٢

مسألة: الخلاف في اختلاف المولى والعبد في بدل الكتابة ١٠٣

مسألة: الخلاف في اختلاف العاقدين في ثمن عبدين بعد موت أحدهما ١٠٤

فصل الاستهلاك

[الخلاف في حكم استهلاك البائع الثمار الحاصلة بعد العقد على أصلها قبل تسليم الأصل] ١٠٦

مسألة: الخلاف في حكم وطء البائع الجارية المبيعة قبل التسليم ١٠٩

مسألة: الخلاف في حكم إتلاف البائع كسب المبيع قبل تسليمه إلى المشتري ١١١

فصل الوكالة في باب البيع والشراء ١١٣

مسألة: الخلاف في حكم حبس الوكيل بالشراء السلعة عن الآمر مقابل الثمن ١١٩

مسألة: الخلاف في حكم إبراء الوكيل بالبيع المشترى عن الثمن أو تأخيره الثمن ١٢٢

مسألة: الخلاف في حكم التوكيل بالسلم بالدين الذي على الوكيل ١٢٧

مسألة: الخلاف في حكم عدم حضور نية الوكيل بالشراء عن الآمر حين العقد ١٣١

مسألة: الخلاف في حكم ملك الوكيل البيع بما قل أو كثر وبالنقد أو بالنسيئة ١٣٤

مسألة: الخلاف في حكم بيع الوكيل ممن لا تجوز شهادته له ١٤٠

مسألة: الخلاف في حكم توكيل المسلم الذمي بشراء خمر أو الخنزير ١٤٣

☆☆☆☆☆☆☆☆

كتاب الصرف ١٤٨

(الخلاف في حكم تعيين الدراهم والدنانير في عقد المعاوضات) ١٤٩

مسألة: الخلاف في حكم جعل بدل الصرف قصاصا بدين ١٨٧
مسألة: الخلاف في حكم الشراء بالدين من غير عليه الدين ١٩٠
مسألة: الخلاف في حكم الإجارة بعد قبض المستحق ١٩٢
مسألة: الخلاف في حكم شراء فلوس غير مشار إليها بدراهم عين ١٩٣
مسألة: الخلاف في حكم البيع بفلوس بالذمة إذا كسدت قبل القبض ١٩٤
مسألة: الخلاف في ضمان كساد الفلوس المستقرضة ١٩٨
مسألة: الخلاف في حكم الشراء بدانق فلس أو سدس درهم فلس ٢٠٢
مسألة: الخلاف في حكم الأجل في القرض وبدل الصرف والسلم ٢٠٤
مسألة: الخلاف في الأموال التي يصح القرض فيها ٢١٣
مسألة: الخلاف في حكم القضاء بالقيمة على من كسر قلب فضة أو استهلكه ٢١٨
مسألة: الخلاف في ملك مال الحربي في دار الحرب بعقود فاسدة ٢٢١

☆☆☆☆☆☆☆☆

كتـــاب الإجارات ٢٣١
أنواع الإجارة ٢٣٢
قول الشافعية في وقت تملك الأجرة ٢٣٥
قول الشافعية في الإجارة بشرط تعجيل الأجرة ٢٣٦
قول الشافعية في تأخير تسليم المستأجر ٢٣٦
قول الشافعية في توريث المنافع المستأجرة ٢٣٦
قول الشافعية في إجارة العبد التي عتق العبد قبل انتهاء مدتها ٢٣٧
قول الشافعية في عقد الإجارة مضافا إلى المستقبل ٢٣٧
قول الشافعية في إجارة المنفعة بجنسها ٢٣٩
المعنى المقصود من الإجارة ٢٤٠
الجواب عن قول الشافعية في الإجارة بشرط تعجيل الأجرة ٢٤٩
الجواب عن قول الشافعية في عقد الإجارة مضافا إلى المستقبل ٢٤٩
الجواب عن قول الشافعية في تأخير تسليم المستأجر ٢٥٠
قول الحنفية في توريث المنافع المستأجرة ٢٥٠

قول الحنفية في حكم إجارة الأب ولده الصغير ٢٥٢

قول الحنفية في حكم إجارة العبد نفسه ٢٥٣

قول الحنفية في حكم إجارة المنفعة بجنسها ٢٥٤

قول الحنفية في حكم إجارة المستأجر بأكثر مما استأجر ٢٥٦

قول الحنفية في وقت تملك الأجرة ٢٥٩

الخلاف في حكم الصرف بالأجرة التي ليست بمعجلة ٢٦٣

مسألة: الخلاف في حكم عمل الشريك في الشركة بالأجرة ٢٦٦

مسألة: الخلاف في حكم إجارة المشاع ٢٧٠

مسألة: الخلاف في حكم حبس العين بالأجرة ٢٧٥

مسألة: الخلاف في حكم تلف العين بعمل الأجير المشترك ٢٧٩

مسألة: الخلاف في حكم تلف الدابة بكبح أو ضرب ٢٩٤

مسألة: الخلاف في حكم ضمان رجل مات أثناء التعزير ٢٩٩

مسألة: الخلاف في حكم هلاك متاع في يد الأجير المشترك ٣٠٠

مسألة: الخلاف في حكم الإجارة على أحد الشرطين ٣٠٦

مسألة: الخلاف في حكم الإجارة بأجرتين على أمرين ٣١١

مسألة: الخلاف في حكم دار آجرها المكاتب ثم عجز ٣١٣

مسألة: الخلاف في حكم استئجار الظئر بطعامها وكسوتها بالمعروف ٣١٩

مسألة: الخلاف في حكم استئجار امرأته للرضاعة أو الخدمة داخل البيت ٣٢٠

مسألة: الخلاف في استحقاق حامل الكتاب الأجرة إذا عاد به لعدم وجود من يسلم إليه ٣٢٥

مسألة: الخلاف في حكم إجارة الفسطاط المستأجر أو إعارته ٣٢٧

مسألة: الخلاف في حكم الاستئجار لحمل الخمر ٣٢٨

مسألة: الخلاف في حكم الاستئجار بعمل معلوم مع ذكر الوقت ٣٢٩

مسألة: الخلاف في حكم تمام عمل الأجير اللبان والخباز ونحوهما ٣٣٢

مسألة: الخلاف في حكم الاستئجار على عمل هو طاعة محضة ٣٣٤

مسألة: الخلاف في حكم بيع لبن المرأة ٣٥٢

❀❀❀❀❀❀❀❀❀❀

كتاب الشركة	**٣٥٨**
مسألة: الخلاف في حكم الشركات	٣٥٩
مسألة: الخلاف في معاوضة المسلم مع الذمي	٣٨٠
مسألة: الخلاف في دعوى في المفاوضة	٣٨٤
مسألة: الخلاف في لزوم كفالة أحد المتفاوضين عن إنسان بمال شريكه	٣٨٦
مسألة: الخلاف في حكم شراء أحد المتفاوضين جارية بإذن شريكه	٣٨٨
مسألة: الخلاف في حكم الاشتراك في الاحتطاب	٣٩٢
كتاب المأذون	**٣٩٤**
[منشأ الخلاف في مسائل كتاب المأذون]	٣٩٥
مسألة: الخلاف في حكم تقييد الإذن بنوع معين	٣٩٦
مسألة: الخلاف في حكم سكوت المولى على بيع وشراء عبده	٤٠٩
مسألة: الخلاف في حكم الإذن للصبي العاقل في التجارة	٤٢١
مسألة: [الخلاف في حكم بيع العبد بدين التجارة]	٤٣٠
مسألة: الخلاف في حكم تملك المولى كسب عبده المديون	٤٣٨
مسألة: الخلاف في حكم إقرار العبد بعد الحجر عليه	٤٤١
مسألة: الخلاف في حكم افتضاض العبد أمة غاصبا بإصبع	٤٤٦
مسألة: الخلاف في حكم دعوى الدين على العبد المأذون بعد بيعه	٤٥٠